

فقرة ١٣
A.R.F. 13.
١٣٩٥

A 1095

المجزء الخامس

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن
عبد الواحد السيوطي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى
سنة ٨٦١ مع تكميلته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى
شمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على
الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان
الدين علي بن أبي بكر المرغناني المتوفى سنة
٥٩٣ في النسخة على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمه
الله ونفعنا بهم
آمين

وهم امه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود الباري
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى
جلبي وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الأول في صدر الصحيفة
وبليه الثانى مفضولا بينهما جدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى
جلبي الاول في صدر الهامش وبليه الثانى فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بحوار المسجد الحسينى بصر

﴿ الطبعة الاولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية بيولاى مضرا الحجة

سنة ١٣١٦

هجريه

(بالقسم الادبي)

الله نور السموات
والارض

﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾

﴿كتاب الشركة﴾

﴿كتاب الشركة﴾

﴿كتاب الشركة﴾

مناسبة ترتيب الأبواب
المارة انسافت الى ههنا
على الوجوه المذكورة ولما
كان للشركة مناسبة خاصة
بالمفقود من حيث إن نصيب
المفقد و من مال مورثه
مختلط بنصيب غيره كاختلاط
المالين في الشركة ذكرها
عقبيه وهي عبارة عن اختلاط
نصيبين فصاعدا بحيث
لا يعرف أحد النصيبين
من الآخر ثم هي العقد
الخاص بهما لم يوجد
اختلاط النصيبين لأن
العقد سببه

﴿كتاب الشركة﴾

قوله وهي عبارة عن اختلاط
(نصيبين الخ) أقول فيه
تساخ فان الاختلاط صفة
النصيب والشركة صفة
صاحب النصيب

هو باسكان الراء في المعروف أو رد الشركة عقيب المفقود لتساخهم ما بوجهين كون مال أحدهما أمانة
في يد الآخر كأن مال المفقود أمانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد تحقق في مال المفقود كما لو مات
مورثه وله وارث آخر والمفقود حتى وهذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة بينهما وفي الآتي واللقيط
واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليهما وأولاد لباقي لشئول عرضية الهلاك
كلام من نفس المفقود والآتي وكان بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لأن المال على
عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة أغرة خلط النصيبين
بحيث لا يميز أحدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشركة
مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وقوله الخلط وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال
عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لأن الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشتراك
الرجلان افتعال من الشركة وبعدى الى المال بحرف في يقال اشتراك في المال أي حقه الخلط فيه
فالمال مشترك فيه أي تعلق به اشتراكهما أي خلطهما وركنهما في شركة العين اختلاطهما وفي شركة
لعقد الملقط المقيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لأنه سبب الخلط فاذا قيل شركة العقد

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال (الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرتها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) وهذه الشركة تحتو في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهم رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما

بالإضافة فهي إضافة بيانية (قوله الشركة جائزة إلى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وإن كثيرا من الخلطاء أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه السلام الصلاة والسلام أخبارا للخصمين عن شريعتهم اذذاك فلا يلزم استقراره في شريعتنا وأما السنة فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريك في الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى وروى أحمد ابن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الإسلام في التجارة فلما كان يوم النسخ جاء فقال عليه الصلاة والسلام مرحبا بأخي وشريك كان لا يدارى ولا يعارى بالسائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصداقة واسم السائب صبي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه أنه كثير الاضطراب فثم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة انما يصح إذا أراد الخجة في تعيين الشريك من كان أما غرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثبت على كل حال قال ابراهيم الحاربي في كتابه غريب الحديث يدارى مهموز في الحديث أي يدافع ثم أراد المشايخ هذا انما يقيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقرروهم ومفيد الجزء الثاني ما في أبي داود ومستدرك الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانا خرجت من بيننا زاد رزين وجاء عبد الشيطان وضعفه القطان بجهالة والدابي حيان وهو سعيدي فان الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان وروا غيره عن أبي حيان مرسلان ورواه الدارقطني يدا الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهم ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتها بما ثبت من هذا الحديث ونحوه إذا التوارث والتعامل بهما من إسن النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرام متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه فلهذا لم يرد المصنف على ادعاء نفي ربه صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرتها رجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الجمل من القدوري القصر فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما إذا اتهم عينا أو ملكاها بالاستيلاء بأن استولى على مال حربي يملكه بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بأن انفق كسبهما المتجاوران فاختلف ما فيه ما أو اختلط بخلطهما اختلطت مع التمييز كالخطة بالخطة أو بتعسر كالخطة بالشعر ولو قال العين يملكها كان شاملا إلا أن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فقيس مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولذا أجاز بهته عن عليه وقد يقال إن الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكرنا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئا كان الآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المدين حصتك ولا يصح من المدين أن

والشركة جائزة لأن النبي عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقرروهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكريم منكر وهي على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وكلامه ظاهر

قال المصنف (فشركة الأملاك العين) أقول أي شركة العين فالمضاف مقدر قال المصنف (يرتها رجلان أو يشتريانها) أقول قوله يرتها صفة العين كما في قوله تعالى كمثل الجار يستجمل أسفارا

قوله ابن خثيم بضم الخاء كما في أسماء الرجال لابن حجر اه

خلط يمنع التمييز رأساً والابحرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شركه في جميع الصور ومن غير
شركه بغير إذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى
(والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما مشاركتك في كذا
وكذا ويقول الآخر قبلت)

يعطيه شيئاً على أنه قضاء وآخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخر أخذاً أخذ دون شركه أن يهبه من
عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شركه
الابأمره لأن كلامهم ما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمينها وكاله وأنه يجوز له أن يبيع
نصيبه من الشركه في جميع الصور (و) أما (من غير الشركه) فيجوز بغير إذنه في جميع الصور الا في صورة
الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز (بيع أحدهما نصيبه من غير الشركه) (الاباذن الشركه) قال
المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهريه وهو
أن الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشترى باحطه أو ورثاها كانت كل حصة مشتركة بينهما فيبيع
كل منهما نصيبه شأنه جائز من الشركه والأجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط لأن كل
حصة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشركه لا يقدر على
تسليمه إلا بالخلط أو بانه يصيب الشركه فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشركه للقدره على التسليم
والنسلم وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى
المخلوط فإذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد أثلاً
إلى الشركه في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشركه فقد يمنع ثبوت الزوال من
وجهه فإن تمام السبب فيه هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجهه واللاكانت جميع المسببات
ثابته من وجهه قبل أسبابها وأيضاً فالزوال إلى الخلط عيناً لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب
كل منهما أثلاً إلى الشركه الآخر عند البيع من الأجنبي بل المترتب عليه اعتباره أثلاً إلى الشركه
المخلوط عيناً فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما أثلاً إلى الشركه في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب
غير المخلوط فقط إذا باع من الأجنبي وانما قلنا إن تمام السبب التعدى لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك
واعتباراً بغيره أي تعدى هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدى في خلطه (قوله والضرب
الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول) ثم فسرها المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما
شركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البازية
أو البقاليه في العنان أو في كل مالى ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كقبل عن الآخر
في المفاوضه ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضه كما سيأتى وليس اللفظ المذكور بل يلزم بل
المعنى ولهذا لودفع ألفاً إلى رجل وقال أخرج مثلها واشترها ما كان من ربح فهو بينهما وقبل الآخر
أو أخذها وفعل انعقدت الشركة وينسب الأشهاد عليها وذو كرمه درجة الله كيفية كتابته فقال
هذا ما اشتركت عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الامانة ثم بين قدر رأس مال كل
منهما وبقول ذلك كله في أيديهما يشترتان به وبيعان جميعاً وشترى ويعمل كل منهما بأمره وبيعه بالنقد
والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما إلا
بالتصريح به فلا تحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما
كان من وضعية أو تبعة فكذلك ولا خلاف أن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط
الربح متفاوتاً عندنا جميع فيما سبذ كرفان كانا شرطاً متفاوتاً فيه كبناء كذلك ويقول اشتركا على
ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كي لا يدعى أحدهما لنفسه حقاً فيها اشتراء الآخر قبل

وقوله (خلط يمنع التمييز رأساً
كخلط الخلط بالخلطه
أو الابحرج كخلطها
بالشبه وقوله (فإنه لا يجوز)
يعنى البيع (من الأجنبي) الا
بإذن شركه وقوله (وقد
بيننا الفرق في كفاية المنتهى)
قبل الفرق أن خلط الجنس
بالجنس على سبيل التعدى
سبب لزوال الملك عن المخلوط
إلى المخلوط فإذا حصل بغير
تعدى كان سبب الزوال ثابتاً
من وجه دون وجه فاعتبر
نصيب كل واحد أثلاً إلى
الشركه في حق البيع من
الأجنبي غير زائل في حق
البيع من الشركه كأنه
يبيع ملك نفسه بمجلا
بالشبهين

وقوله (قابلا لوكالة) احتراز عن الشركة في التكدى والاحتشاش والاختطاب (٨) والاصطبا فان الملك في هذه الصور يقع لمن يشرسببه خاصا لاعلى وجهه الاشتراك أى شركة العقود كلها متضمنة لعقد الو كالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما ما فيحقق حكمه المطلوب منه) أى حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وأصلا في النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري بالمشتري واحترازه عن الاشتراك في التكدى والاختطاب والاحتشاش والاصطبا فان الملك في كل ذلك يختص عن بشر السبب (قوله) ثم هى) أى شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) قيل في وجه الحصر ان العقد إما أن يذ كرفيه مال أو لا وفي الذ كرا إما أن تشتتر المساواة في المال ووجهه وتصرفه ونفعه وضرره أو لا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والافه والعنان وفي عدم ذ كرا المال (اما) أن يشترط العمل في مال الغير أو لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقبل عليه أنه يقتضى أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عانا وليس كذلك كما سئذ كره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخي حيث قال الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسبأ في البيان ان شاء الله تعالى (قوله) فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيسأوا في مالهما وتصرفهما ما بينهما) ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتره كانه وكيل عنه (لأنها شركة عامة) يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوى في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذهى من المساواة تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هى من التفويض أو الفوض الذى منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودى

لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وبعد

اذا تولى سراة الناس أمرهم * ناعلى ذلك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده

تهدى الامور بأهل الرأى ما صلت * فان تولت فبالجهال ينقادوا

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى لو كان فيه ما آلهة الا الله لفسدنا والسرعة جمع سرى وهو السيد وجعله صاحب الفصل اسم جمع له كركب في راكب والسرى فعيل جمع على فعلة بالتحريرك وأصله سرورة تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفا فصار سرارة وأصل سرى سرى

والاصطبا فان الملك في هذه الصور يقع لمن يشرسببه خاصا لاعلى وجهه الاشتراك أى شركة العقود كلها متضمنة لعقد الو كالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما ما فيحقق حكمه المطلوب منه) أى حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وأصلا في النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري بالمشتري واحترازه عن الاشتراك في التكدى والاختطاب والاحتشاش والاصطبا فان الملك في كل ذلك يختص عن بشر السبب (قوله) ثم هى) أى شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) قيل في وجه الحصر ان العقد إما أن يذ كرفيه مال أو لا وفي الذ كرا إما أن تشتتر المساواة في المال ووجهه وتصرفه ونفعه وضرره أو لا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والافه والعنان وفي عدم ذ كرا المال (اما) أن يشترط العمل في مال الغير أو لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقبل عليه أنه يقتضى أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عانا وليس كذلك كما سئذ كره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخي حيث قال الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسبأ في البيان ان شاء الله تعالى (قوله) فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيسأوا في مالهما وتصرفهما ما بينهما) ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتره كانه وكيل عنه (لأنها شركة عامة) يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوى في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذهى من المساواة تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هى من التفويض أو الفوض الذى منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودى

والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذ لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين يتحقق المنازعة بينهم والسرعة جمع السرى وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى

وقوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء ما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من ما أخذ استنفاقه واما انهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهم ما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لا بد واما احكام الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذلك في الانتهاء (وقوله وذلك) أي تحقق المساواة (٦) في المال والمراد به ما نصح الشركة فيه ولاية بر التفاضل فيما لا تصح فيه

الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة مالم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراد فاسد) أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكنك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالاطلاق فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لا آخرو وكنك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم ليس بمرادها فانه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يمكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما نصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لملك الآخر لكان التساوي وكذلك في الدين لما بين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحضانا في القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراد فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فافوضوا فانه أعظم للبركة اجتمعنا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسأني وجه المساواة (فلا بد من تحقق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أي في مدة البقاء لعقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فاجتمع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالي لان الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالماليين جميعا قبل ما يتفق فيلزم اشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لملك نصف المشتري ما نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف الملم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود ولا آخر مثلها بيض وقيمتاهما متساوية صححت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف ولا آخر مائة دينار وقيمتها ألف صححت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو أتم بها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما نصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهم مادون العروض ولو كان لاحدهما مائة ناقة تفقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صححت الى أن يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر فالتساوي وكذا في الدين لما بين عن قريب (قوله) وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رجهم الله استحضانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة) وهذا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا يصح له وقد حكى عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيد غير ان لا يشترط التساوي في المسالين وعن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قوله ما هو وجه (القياس) انها تضمنت الوكالة (بشراء) بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراد فاسد (ولو قال وكنك بشراء عبد أو ثوب لم يجوز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لا آخرو وكنك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهل الآخرو وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما (ما روى عنه صلى الله عليه وسلم) انه قال فافوضوا فانه أعظم للبركة أي ان عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فافوضتم

المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة) أقول قال في الكافي فاحسنوا وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذا لا تصديق بالانصاف وروى هذا بان قوله لا أدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

وكذا الناس يعاملونهم غير تكبر وبه يترك القياس والجهالة متعملة تبعاً كما في المضاربة (ولا تتعقد
الابلغة المفاوضة) لبعدها شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان الاعتبار هو
المعنى قال (فتجوز بين الآخرين الكبارين مسلمين أو ذميين لتحقيق التساوى وان كان أحدهما كتابياً
والآخر مجوسياً تجوزاً أيضاً) لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام
المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما ما الا باذن المولى

فاحسبوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلاً والله أعلم به ولا يثبت به حجة على
الخصم وإنما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة واختلاط البر بالشعر للبيت للبيع وفي
بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحارثي في كتاب غريب الحديث وضبطه
المعارضة بالعيز والاضاد وفسرها يبيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا
بها من غير تكبر وبه يترك القياس) لان التعامل كالاجماع ولومعظ ظهور التعامل بها على الشروط
التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من التقرب على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن
ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متعملة) لانها انما تثبت (تبعاً) والتصرف قد يبيع تبعاً ولا يبيع
مقصوداً (كما في المضاربة) فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم
الالزام وانتظم الكلام الكلى وهو قوله والجهالة متعملة تبعاً الجواب عن الزام الكفالة لمجهول وفصل
الجواب فيها في المبسوط فقال وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المزاغة بسببها وهو
منعدهم هنالان كل واحد انما يصير رضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند الزوم المضمون له والمضمون
بهم معلوم وكأن المصنف انما يعرج عليه لانه لو صرح بصحته الكفالة لمجهول ابتداء لان عند الزوم
لابد ان يتعين المكنول له فاكفى بنفى الالزام بما ذكر من ان الشيء قد يبيع تبعاً لا قصد ولا يلزم من عدم
صحته الكفالة كذلك قصد عدم صحته ضمننا وعلى هذا يمكن اثبات صحته بشرط اخذنا من هذا الجواب
هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول
يمنع اذا ثبت قصداً ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصداً منعه اذا ثبت ضمننا فان قيل في أين اشتراط
المساواة في المال قلنا هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان
متساويي المائين على وجه التوزيع على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان
عقد ا على الوجه الاول سمي الشركة مفاوضة والاسميناها عنا غيرانا ا كتفينا بالفظ المناوضة في ثبوت
الشرط المذكور بلعلنا اياه علماء على تمام المساواة في أمر الشركة فاذا ذكرها ثبتت أحكامها اقامة اللفظ
مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاها بأحكامها الا أن يذكرها تمام معناها بان يقول
أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتهما في جميع ما مملكت من نقد وقدر مملكت على وجه
التفويض العام من كل منال آخر في التجارات والتقدم والنسيئة وعلى ان كلامنا ضمن على الآخر
ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتتعقد بلفظ المناوضة لبعدها شرائطها عن فهم العوام حتى
لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان الاعتبار هو المعنى) واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة
وبعض شرائطها منتف انعدت عنا اذا لم يكن المنتقى من شروط العنان ويكون تعبيراً بالمفاوضة عن
العنان (قوله) وان كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً) إن فيه للوصول وقوله (لما قلنا) أى
لتحقق التساوى اذ البكر كلهم واحدة (قوله) ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ
تعدرا المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما ما الا باذن المولى

(قوله والجهالة متعملة)
تبعاً كما في المضاربة) يعنى
الوكالة بمجهول الجنس
موجودة في المضاربة وعلى
جائزتها هناك تبعاً فكذلك
ههنا لا ترى ان شركة
العنان تصح وان تضمنت
ذلك لان ما يشترطه كل
واحد منهما غير مسمى عند
العقد فكذلك المفاوضة
وقوله (لان الاعتبار هو المعنى
دون اللفظ) يوضحه ان
الكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بشرط
ضمان الاصيل كفالة وقوله
(لما قلنا) اشارة الى قوله
لتحقق التساوى أى في
كوم ما ذميين وقوله (ولا
تجوز) أى المفاوضة بين
الحر وبين المملوك ظاهر

واعترض على قوله وله ما أنه لا تساوى في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكفاي والجوسى مع انه لا يتساوى بان في التصرف فان الجوسى يتصرف في الموقوذة لا اعتقاده المالية فيها او الكتابى لا يتصرف فيها وكذلك الكتابى يؤاخر نفسه للذبح دون الجوسى لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفى والشافعى (٨) مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف وأجيب بأن عدم المساواة مبطل

والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبو حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوى بينهما ما فى الو كالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فانها جائزة وتتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذى لا يمتدى الى الجائز من العقود وله ما أنه لا تساوى في التصرف فان الذى لو اشترى برأس المال خورا أو خنازير يصح ولو اشترى اها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدین ولا بين الصبیین ولا بين المكاتبین) لانعدام صحة الكفالة وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا الاستحجام شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما

والصبي لا يملك الكفالة (أصلا ولو أذن له الولي) ولا يملك التصرف الا باذنه قال ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ورجه ما الله وقال أبو يوسف رجه الله يجوز للتساوى بينهما ما فى صحة الو كالة والكفالة) وكون أحدهما هو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساوىهما فى أصل التصرف مباشرة وو كالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعى والحنفى فانها جائزة وتتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذى لا يمتدى الى الجائز من العقود ولا يحتزم من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم فى كل الحرام) وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بذنه على استعمال الجواز فى أعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتفى الحكم عما بعد الا فيكون قد أخرج الكراهة التى يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فانما هو استندراك من الجواز فان طلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أى لکنه مکروه وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رآوه بمعنى لکن وهو غلط لان المستثنى فى المنصل والمنقطع يخرج من حكم الصدر فالجاء لم يجزى فى قولك جاءوا الاجارا فيقتضى اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما انه لا تساوى في التصرف فان الذى لو اشترى برأس ماله خورا أو خنازير يصح ولو اشترى اها مسلم لا يصح) لكن بقى قول أبى يوسف كالمفاوضة بين الحنفى والشافعى مع التفاوت فيما يملك لم يجب عنه وكذا بين الكتابى والجوسى فان الجوسى يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد ما لهما دون الكتابى وكذا الكتابى يؤاخر نفسه للذبح دون الجوسى وأجيب بأن من من جعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم فلا فصل بين الجوسى والكتابى فتتحقق المساواة في التصرف وأما ما أجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه أو نائبه وأجرة الجوسى نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الاجران وان كان لا تحل ذبيحته وأما الحنفى والشافعى فالمساواة ثابتة لان الدائم على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الازام بالحاجة ثابتة بانحدار الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى والحنفى وأما المسلم مع المرتد فلا يجوز الشركة بينهما ما فى قولهم هكذا ذكره الكرخى وذكر فى الاصل قياس قول أبى يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبیین) يعنى ولو أذن وليهما لانهم ماليسان من أهل الكفالة ولا بين العبدین والمکاتبین (قوله وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كالموقف بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرط اعدم الكفالة تصير عنانا وان عم التصرف والمال وتسوا يافيه لان عقد

للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من جعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابى والجوسى فتتحقق المساواة وأما ما أجرة نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة فى ذلك معنى لان كل واحد من الكتابى والجوسى من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيم بنفسه أو بنائبه جارة الجوسى للذبح صحة يستوجب بها الاجران كان لا تحل ذبيحته وأما سئلة الحنفى والشافعى فان المساواة بينهما ثابتة لان دلالة قامت على ان متروك التسمية عامد اليس بعمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفى والشافعى جميعا بيبوت ولاية الازام بالحاجة فتتحقق المساواة بينهما فى المال والتصرف وقوله (ولا بين الصبیین) يعنى وان أذن لهما أو وهما لان بنى المفاوضة على الكفالة وهما اليسان من أهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله (اذ هو) أى العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعنى قد يكون عاما فى أنواع التجارة وقد يكون فى نوع خاص منها والمفاوضة

شركة

عامة فيها ازان يذ كلفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم

(قوله على أن يقيم نفسه أو بنائبه الخ) أقول فيه بحيث فان المسلم أبضا من أهل أن يشتري الخمر والخنزير بنائبه كما سيجى فى كتاب الو كالة وجوابه ان اجارة نفسه محصنة دون اشتراء المسلم الخمر فتأمل

(قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة) أي تنعقد شركة المعاوضة على الوكعة كعامة الشركات ليحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة هو على معنى أن يطالب كل واحد من شريكي المعاوضة بما يشاء الآخر واليه أشار بقوله لتحقيق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله (لأن مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة وقوله (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله) فما يصح الاشتراك فيه المبيع والشراء والاستئجار أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرا في تجارتهم ما أودبه أو شيئا من الأشياء فلم يؤجر أن يأخذ أيها شاء لأن الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك أن استأجره لم حاجة نفسه أو استأجره لبلد إلى مكة فيجوز عليها فلا يكره أن يأخذ أيها شاء إلا أن شريكه إذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وإن أدى (٩) من مال الشركة رجع عليه بنصيب من المؤدى

وأما في شركة العنان فلا يؤخذ

به غير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجنابة على بنى آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو أدى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش مقدور واستخلفه خلف ثم أراد أن يستخلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجنابة فلا يكون الاخر كفيل به إلا ترى أنه لو ثبت بالبيعة أو عاينة السبب لم يكن على الشريك من وجهه شيء ولا خصومة للجنابة عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جنابة العمد والنفقة إذا ادعاه على أحدهما وحلفه

قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا وأما الكفالة لتحقيق المساواة فيما هو من موجبات القمارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال (وما يشتر به كل واحد منهما ما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) وكذا كسونه وكذا الأدام لأن مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائه ما لا ما استثناء في الكتاب وهو استئصال المستثنى عن المعاوضة للضرورة فإن الحاجة الرتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه لا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع) أن يأخذ بالثمن أي ما شاء) المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع التكفيل على المشتري بخصته مما أدى لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الدين بدلا عما يصح فيه الاشتراك فلا آخرضا من له) تحقيقا للمساواة فيما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجنابة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المعاوضة لا تكون الا عامة (قوله وتنعقد) أي المعاوضة (على الوكالة والكفالة) وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتر به وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة لتحقيق غرض الشركة) وقوله (على ما بينا) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في البيع (وأما الكفالة فتحقق المساواة) التي هي مقتضى المعاوضة (فما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما) بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو تجارة (وما يشتر به كل واحد منهما ما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلاً عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة ولعليه وإدا هم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر عما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوط عاين شريكه فإنه يختص بهما على ما ساقى في آخر الشركة إن شاء الله تعالى وإنما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استئصالا بالضرورة (فإن الحاجة الرتبة معلومة وقوعها) أي المستمرة من قوله سم رتب الشيء إذا دام ومنه أمر رتب أي دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من أن مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل الآخر اغاها فيهما ومن ضمان التجارة

(٣ فتح القدير - خامس) عليه ليس له أن يخلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما إذا كانت المرأة عقدت عقدا للمعاوضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا الوأقرت ببذل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين صورة غيره

قال المصنف (وللبائع) أن يأخذ بالثمن إلى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة بتقدير ضرورة ولهذا لم يتعد إلى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فلستأمل قال المصنف (فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار) أقول قال الاتقاني ولنا في عبارة صاحب الهداية نظرا لأن حق الكلام أن يقول فيه يصح فيه الاشتراك ثمن المشتري وأجرة ما استأجر لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر ارض الجنابة والمهر والنفقة الخ لأن ما هي الديون الواقعة بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الجنابة والنكاح والخلع أنفسها إلى آخر ما قال فيعلم بأدنى قدر أن شاء الله تعالى اه وفيه بحث وفي قوله لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار بحث لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لافي الدين الواقع بدلا عنه فينبغي أن يقول فيما يصح الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وقس عليه

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعنى عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقى حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله وبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعنى (١٠) وحاجتنا هنا الى البقاء اذا المطالبة نتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فالزم المال على

الشريك الضامن لزم على الآخر ولهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا في الابتداء انه هل يلزمه أو لا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك هنا الصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح من ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما الاقراض فعند أى حنيفة يعنى ان فيه روايتين قال فى المسوط ان اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أى حنيفة لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع (قوله ولئن سلم فهو اعارة) أى ولئن سلمنا ان اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فاعا ما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة فى الاموال الربوية فعلم به ان ما يأخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقترضه لا حكم بدله كفى الاعارة الحقيقية

(قوله وانما قيد بحال المرض) أقول يعنى انما

قال (ولو كفل أحدهما) يعنى لزم صاحبه عند أى حنيفة وقال لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولا بى حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمرة وبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح من ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهى وأما الاقراض فعن أى حنيفة انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة

أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشترى منه بدنه وان شاء أخذ شريكه وضمن التجارة كمن المشتري فى البيع الجائز وقيمة فى الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أى حنيفة أو ودعة اذا جدها واستهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان فى هذا الموضع يفيد له غلبت الأصل فتصير فى معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كاروش الجنابات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يخلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الجنابى بخلاف مالو ادعى على أحدهما ما به مع خادم فأنكر فلم يدعى أن يخلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعى المدعى يلزمه ما بخلاف الجنابة لو أقر أحدهما ما لا يلزم الآخر فلا فائدة فى الاستحلاف وصورة الخلع مالو عدت امرأته شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببذل الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما) يعنى لزم صاحبه عند أى حنيفة رحمه الله وقال لا يلزم صاحبه لانه أى الكفيل (متبرع ولهذا التصح) الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أى عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة فى المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته فى كل المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقى حال بقائها وهى فى حال البقاء معاوضة على ما سئذ كرهه فى الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفينة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال أبو يوسف لا يجوز ونسبه الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها فى النهاية وغريهاه كذا قال يضمن بمعنى المقرض لشريكه توى المال أو لم يتو وقياس قول أبى يوسف يضمن المقرض حصته شريكه قال وهذا فرع اختلافهم فى ضمان الكفالة فعند أبى يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند أبى حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل فى حكم المقرض (ولا بى حنيفة انه) أى عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لانه) أى الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤدى عنه) اذا كفل بأمرة فلا يلزم شريكه بعد ما لزم عليه (وبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح من ذكره) والوجه أن يقول من ذكره أى الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون مبنيا

قيد الصدور بحال المرض قال المصنف (لانه يستوجب الضمان) أقول تعليل لكون الكفالة معاوضة للمفعول

فيما بقاء قال المصنف (وبالنظر الى الابتداء لم يصح من ذكره) أقول قال الاتقانى أى ذكره أبو يوسف ومحمد وكان القياس أن يقول ذكره بضمير الاثنين أو كان القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للفعل فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب اه والامرفيه سهل فان الضمير المستتر راجع اليه ما بتأويل المذكور بل من ذكر

(قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أى لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله في الصحيح) إشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بأمره أو بغير أمره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع مذهب اليه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أى الجامع الصغير بأنه محمول على المفيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ تكون معاوضة انتهاء والإفهاء متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه (١١) وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

عند أبي حنيفة يعنى في انه يلزم شريكه وعند محمد ضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزمه أيضا وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلحق تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بأن محمدا مع أبي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون تخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه قول أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهم أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان وكذلك يصح اقرار المأذون له

فيكون مثلها احكم عينها الاحكم البديل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لانه معاوضة انتهاء

للأفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقى الذمة والذمة في المأذون كالشركة بينه وبين المولى حتى يصح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس في حال البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا في ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعادة محضة ابتداء وانتهاء لامعاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية (فيكون مثلها) أى للمثل الدراهم أو الدنانير المقرضة (حكم عينها الاحكم البديل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أى لا يلزم ان يجري على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والالزام الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبيه المعاوضة بلزوم المثل فلما انقمع (قوله ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أى امر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أولا (قوله وضمنان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقراض هذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف بأحقيقة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمدا مع أبي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله انفا لابي يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا تتحمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهم اذ اصح اقرار المأذون به عبدا كان أو صبياحرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال نصح فيه الشركة لانه انما تجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفي الكافي الاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليل وجه كونها معاوضة عندهم انتهاء انه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا يلائمه قوله فيما ساقى لهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتأمل في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول فيه بحث والمعتزلة لا تقضى الكفاية (قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه إشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة انما لعدم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المغصوب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو زائدة وان اتفقت على اثباتها للنسخ والمأذون صفة الصبي

وقوله (وان ورث أحدهما مالا) بالتووين (١٣) أي المال الذي أصبح فيه الشركة كالدرهم والدنانير والفولس النافقة بطلت

المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله (فان المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه وما لأن لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتأمل في كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تتبع بموت أحد المتعاقدين حينئذ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لاننا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلبنا لان الموجبة الكلية لا تنفكس كنفسها وان ورث أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد

قال (وان ورث أحدهما مالا) أصبح فيه الشركة أو وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذهى شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشارك فيما أصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا لما كان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورث أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد المفاوضة) وكذا البعقار لانه لا تنصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

اهما وسيأتي ان شاء الله تعالى (قوله وان ورث أحدهما مالا) أصبح فيه الشركة فقبحه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا اذا وهب له فقبحه أو تصدق به عليه أو وصى له أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السودا ودنانيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث مالا تنصح فيه الشركة كالبعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا في باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذهى أي المساواة شرط لبقاء صحته ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداءها شرط لبقائها لكونه أي عقد الشركة عقدا غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها أو أورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لأن لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدین فيها بالفسخ بل يجبر القاضي المحتج على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فتبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم أحجب بأن القياس في الاجارة ان لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون العقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقدا معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحققت بالنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما مالا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزوم اثار المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا الوارث الموصى له بمجدة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان تذكر فروعا من شركة العين اقل ذكرها في الكتاب * أمر رجلان يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقدران بعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكل به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور بالعبد بين الأمرين نصفين ولا شيء للشري في نفسه لان الاول وكله بشراء نصفه وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك غيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني ان يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا أن يبين خلافه ولو اشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما اثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشركا فيه آخر فلقياس ان يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهم ما حدين أشركاه سويا بانفسهما وكان كأنه اشترى العبد مدعاهما ولو اشرك

أحد الرجلين في نصيبه ونهيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريك نصفه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد الشر بكن إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهما - مائتا لالان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذا لو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف كان مملوكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصيبى فإنه لا يمكن أن يجعل به - ذا اللفظ مملوكا جميع نصيبه بأقامة حرف في مقام حرف الباء فإنه لو قال أشركتك بنصبي كان باطلا فلا - ذا كان له نصف نصيبه وأعلم أن ثبوت الشراكة فيما ذكرنا كانه ينبنى على ضرورة المشتري بأعماله الذى أشركه وهو استفاد الملك منه فأنبنى على هذا أن من اشترى عبدا فلم يقبضه - حتى أشرك فيه رجلا لم يحز لانه يبيع مالم يقبض كماله ولا ياباه ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذى أشركه لان لفظ أشركتك صار واجبا للبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنقذنى الثمن ففعل كانت شراكة فاسدة لانه يبيع بشرط فاسد وهو أن تنقذ عنه ثمن نصفه الذى هو له ولو قد غنه رجع عليه بما نقذ لانه قضى دينه بأمره ولا شئ له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر مملوك الآخر نصف العبد لان نصف النصف الذى قبضه لان الاشراك يقتضى التسوية وإنما يصح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لا خرايىنا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلامه - ماموكل لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل مالم يمنعه حتى لو مات كان من ماله ما كان اشترياه معا واشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التمام مقصود كل منهما - ما ولو نقذ أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو غير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما ما صار كل منهما وكيلان عن الآخر في نقد الثمن من ماله كمالوا اشتراه أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما للشريك في بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينهما وبين شريكه نصفين في قياس قول أبى حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة ومبناه على فصلين أحدهما أن عند أبى حنيفة أن الوكيل يبيع العبد بملك بيع نصفه ولو وكيل يبيع نصفه بملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال بعثك هذا الا نصفه بألف كان بائعا للنصف بألف ولو قال بعثك بألف على أن لى نصفه كان بائعا للنصف بثمانمائة لان الكلام المقيد بالاس - تننا عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال بعثك نصفه بألف فأما قوله على أن لى نصفه فحاصله ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وإن كان في ملكه ولكنه اذا كان مفيدا تصح كافي شراء مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئلة** اشترى نصف عبد بثمانمائة واشترى اخر نصفه الآخر بثمانيتين ثم باعه مساومة بثلثمائة أو بثمانين فالثمن بينهما - ما نصفين ولو باعه امرأته بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما ائلا فالان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول وأما بيع المراجعة والتولية

فصل لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدته وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لأن الكلام فيما إذا ذكر فيها المال إلا بالدراهم والدنانير وانما قيد بقولنا إذا ذكر فيها المال لأن ذكر المال ليس بحتم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكلامه واضح غير أن في ذكر خلاف ذلك رجحه الله نظر لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة (١٤)

فصل (ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا إذا كان الجنس واحدا لا تنعقدت على رأس مال معلوم فأشبهه القود بخلاف المضاربة لأن القياس بأبهاها ما فيها من ربح مالم يضمن

والوضعية فباعتبار الثمن الأول الذي لا تنعقد فيه هذه البيوع في المصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذلك كان مشترى بعوض لا مثل له والثمن الأول كان اثلا ثانياً ما فكذا الثاني بوضعه أن الواعية برنا في بيع المراجعة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مراجعة في حق أحدهما ووضعية في حق الآخر وقد نص على بيع المراجعة في نصيبهم ما فلا بد من اعتبار الثمن الأول كذلك بخلاف المساومة الكل من الميسر

فصل لما ذكرنا اشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج إلى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة أي شركة المفاوضة إلا بالدراهم والدنانير والفلس النافقة) يعني لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بذلك وانما قلنا هذا لأنه ذكر في الميسر أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بالأمال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلس وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم الخ لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكره من الرجاء الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجهه وفي وجهه يجوز بالعرض المثلي وقال مالك تجوز بالعروض إذا اتحد جنسها وقال الأوزاعي ومجاهد بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقية عرضه عند العقد وكلا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والآخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وقدّم أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشترها وبيع فارتجحت فهو بينهما ففعل صح إلا أنه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الأمر إذا لم يصدق ولو ثبتت وضعية وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصلح أن رأس مال الشركة الأقياس سند كره وأما الفلس النافقة فلم يذكر القدر والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافاً لما اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلس ونخص الكرخي الجواز بالفلس على قوله ما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال لو كان رأس مال أحدهما فلسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها انما صارت غنما باصطلاح الناس وليست غنما في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الأول وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئلتين أحدهما أن الفلس لا تنعقد بين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كانا بعينهما عند محمد خلافاً لما وسما في الوجه والتقييد بأعيانهم ما احترازوا عما لو باع فلسا بفلسين دينافاً لانه لا يجوز اتفاقاً لأن حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس وجه قول مالك أن الجنس إذا كان متحداً فقد انعقدت على رأس مال معلوم فكانت كالتقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز إلا بالتقود لأنها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن)

أبي حنيفة في المزارعة ثم قوله (لأنه انعقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وإن كان الجنس مختلفاً ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لأن القياس بأبي جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن

فصل (ولا تنعقد الشركة الخ) قوله (لا تنعقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره (قوله وإن كان الجنس مختلفاً ولم يقل به مالك) أقول فإن ما تنكبا يشترط الخلط وتحققه في الجنس الواحد قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة إن العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك إلا أن ثبت عنه روايتان اه ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب للمضاربة

قال المصنف (لأن القياس بأبهاها ما فيها من ربح مالم يضمن الخ) أقول لزوم ربح مالم يضمن في الشركة إذا كان الشراء بالنقد دين في غاية الظهور على مذهب مالك فإن عده يلزم في المضاربة إذا كان رأس المال أحد النقدين ربح مالم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليتدبر والفرق هو أنه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي إليه وفيه تأمل

فان المال غير مضمون على المضارب فكأن ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح
الافيماء ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض
والنقود كالعمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولانه يؤدي الى ربح مالم يضمن) وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا
الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كأن شريكين في الربح الذي حصل
في مبيع أحدهما فحينئذ أخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من (١٥) مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح
مالم يضمن ولم يملك وذلك

فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدي الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله
وتفاضل الثمن فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم
والدنانير لان ما يشتريه في ذمته اذهى لاتعين فكان ربح ما يضمن ولان أول التصرف في العروض
البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على ان يكون الآخر شريكاً في غنمه لا يجوز وشراء أحدهما
شماً ماله على ان يكون المبيع ينفقه وبين غير جائز وأما الفلوس النافقة فلا تروى رواج الاثمان
فالتحفت بها قالوا هـ ذاقول محمد لانهم المصلحة بالنقد وعنده حتى لاتعين بالتعين ولا يجوز بيع اثنين
بواحد بأعيانها على ما عرف أماً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة
بها لان غنيمتها تقبل ساعة في ساعة وتضرب ساعة

فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس
مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدي الى ربح مالم يضمن) لانه اذا باع كل منه ما عرضه
واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذي هو من عرضه (ربح
مالم يملك) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فان كل واحد من وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل
منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا
لا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لانحداجنسهما امكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة ككتاب
الكراس من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبّة مثلاً فاذا باع أحدهما في وقت
طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عددهما يبيع من الاجزاء وقبضه المشتري منه او بان بل الظاهر أنهما
متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه
وهو مجهول فقد أدى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن ولان القيمة لاتعرف
الا بالحزب والظن ولا يفيدان العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة
العروض أما اذا كان هون نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه
فلا تنازع ثم اللازم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولان أول التصرف في العروض البيع وفي النقود
الشراء وبيع الانسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في غنمه لا يجوز وشراؤه شيئاً ماله على أن يكون
الآخر شريكاً فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا يفي ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس اذا كانت نافقة تروى
رواج الاثمان فالتحفت بها) ولا يـ حنيفة وأبي يوسف (أن غنيمتها تبدل ساعة فساعة) فانها باصطلاح
الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة تنتفي بانقضاء الخلقة وتضرب ثماناً باصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا
انما هو في الملاحظة أما في الخارج فهي عن مستمر ما استمرار الاصطلاح عليها ولذا قال الاسيحياني الصحيح
ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثماناً باصطلاح الناس ولهـ ذالواشترى

مالم يضمن ولم يملك وذلك
لا يجوز بخلاف الدراهم
والدنانير لان ما يشتري كل
واحد منهما ما برأس المال
لا يتعلق به البيع بل يثبت
وجوب الثمن في الذمة اذ
الاثمان لاتعين بالتعين
فلما كان الثمن واجبا عليهما
في ذمتهما كان الثمن والربح
الحاصل منه بينهما ضرورة
فكان الربح ربح مالم يضمن
ومعنى قوله (وتفاضل
الثمن) أي فضل أحدهما
على الآخر كذا كرنا وأما
تفاضلهما معا فحال (قوله)
ولان أول التصرف في
العروض دليل آخر وقد
قرره في النهاية على وجهه
يبيحه الى ربح مالم يضمن
وذلك لانه قال لان صحة
الشركة باعتبار الوكالة
ففي كل موضع لا تجوز
الوكالة بتلك الصفة لا تجوز
الشركة ومعنى هذا أن
الوكيل بالبيع يكون
أمنناً فاذا شرط له جزء من
الربح كان هذا ربح مالم يضمن
فأما الوكيل بالشراء فهو

ضامن بالثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله (قالوا هذا) أي جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد)
وقيد (بأعيانها) لتظهر غيرة الخلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسبة لا يجوز بالاجماع المركب وأما عندهما فلو جرد النسبة في
الجنس الواحد وأما عند محمد فلا هذا ولعل في النية وأما اذا كانت بأعيانها فمعهما لا يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجيء تمام البحث
فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

(قوله فلا يستحقه رب المال) أقول وفيه بحث والصواب بأن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح انما عدل عن هذا لأن بيان الفرق
بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قرره الا انه فرأى من المطر الى المتزب فليتامل

قوله (والاول) يعنى قول أبى يوسف مع أبى حنيفة (أقيس) لانهم لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كذا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلس وان كانت نافعة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالانسين في الفلوس عندهما كان للفلوس بحكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله انه تصح المضاربة بها أى بالفلوس النافعة قال (ولا تجوز (١٦) بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدورى

وروى عن أبى يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر وعن أبى حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالنبر) والنقرة فتصح الشركة بهم ما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغبر ولا تكون المفاوضة بمناقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا الماعرف أنهم ما خلقا ثمينين في الأصل إلا أن الاول أصبح لاهم وان خلفت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لأن عند ذلك لا تصرف الى شئ آخر ظاهر إلا أن يجري التعامل باستعمالهما غنا فتل التعامل بمنزلة الضرب فيكون غنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعلمه وضعته وان خلطنا ثم اشتركا فكذلك في قول أبى يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وغرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالبين واشترط التفاضل في الربح

رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أى في الشركة والمضاربة (قوله وهذا لما عرف) إشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لاهما) أى الذهب والفضة (قوله إلا أن الأول) يعنى رواية الجامع الصغبر (أصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهرا لرواية (قوله لاهما) أى لأن مقابل الذهب والفضة (قوله إلا أن يجري

التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله إلا أن الأول أصح يعنى ان عدم جواز الشركة بمناقيل الذهب والفضة أصح الا عند جريان التعامل باستعمالهما حينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء

من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه) أى في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطنا ثم اشتركا فافيه الخلاف المذكور في الكتاب وغرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالبين واشترط

شبا بفلس بعينهما تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد لهما كما قال المصنف (وروى عن أبى يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر) لان قوله مع أبى حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبى حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الاسيحابى يجب أن يكون قول الكل إلا أن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافعة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كذا كرهها إليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهى القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمناقيل ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه كما قيل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما وهذا الماعرف أنهم ما خلقا ثمينين ثم قال (الأن الأول أصح) يعنى رواية لانهم ما خلقا للتجارة (لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربهما احليسا فانها تتعين البتة وينفسخ العقد بهلاكه كما قيل التسليم ولم يجز التعامل بهما ثم قال (الأن يجري التعامل بهما) أى بالنبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما ما فكان الثابت أنهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أى القدورى (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانهم اعروض محضة (لكل منهما متاعه وعلمه وضعته) ويختص بربحه (وكذا ان خلطنا ثم اشتركا عند أبى يوسف) أى لكل منهما متاعه يخصه بربحه ووضعته لا تنفك شركة العقد والوضعية خسارة التاجر يقال منه مبنيا للفعول وضع التاجر وكس في سلعته موضع وضعية أى خسر وقال قوم من العرب وضع موضع كوجل يوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان الخلط جنسا واحدا (وغرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبى يوسف لا يصح وعند محمد يلزم

وقول

فعد أبى يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه

وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطا

قال المصنف (ومراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اه لكن اذا قوبل بالنقد يراد به الذهب الغير المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف (لأنه أي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب) يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله (وهو ظاهر وشرط جواز الشراكة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لتسليط ربح مالم يضمن (ووجه قول محمد أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (نحن من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع) من وجه (من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين) يعني الخلط وعدمه فليشبههما بالمبيع قلنا لا يجوز (١٧) الشركة بهما قبل الخلط وأشبههما بالثمن فلنا

تجاوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها وهو الخلط لان الخلط ثبتت شركة الملك فتشاككده شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها ليست غنا بحال فلو اختلفا جنسا كالخنطة والشعير والزيت والسمن خلط لا تنعقد الشركة بهما بالاتفاق والفرق لمجد ان الخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتم. كمن الجهالة كافي العروض واذا لم تصح الشركة قبل الخلط قد يحكم الخلط قد يبيناه في كتاب القضاء (وقول أبو يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقص لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تفرقا لان الخلوط لا يكون الامتعين اذ يقرر المعنى المفسد فكيف يكون صحيحا للعقد (قوله ولحمد مدرجه الله أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين نحن من وجه حتى يصح الشراعيها دينا في الذمة) وهو من حكم الاثمان (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين) وهما الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا يجوز الشركة بهما قبله ويشبهه الثمن بعد الخلط فتجاوز الشركة بهما بعد وهذا لان الخلط ثبتت شركة الملك فتشاككده شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فانها ليست غنا بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجهه لان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبهة به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متصلا في حقيقة وله شبهة باخرى لا يقال له شبهة وانما غايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يخلط بالخلط والالزم قول مالك وقد يبيناه ولو كان الخلوط له ما جنسين كالخنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا يجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما ما وقت القسمة باعتبار المثل (و) الخلوط (من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتم كمن الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كافي العروض) (قوله فحكم الخلط قد يبيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه يبينه في غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعدى بضمن نصيب الخلوط ماله اذا خلطه بنفسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كثير ربح رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كخنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهما هذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخلط سواء كان أجنبيا عن الخلوط ماله كغير المودع وغيره من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فان لم يظفر بالخلط فقال أحد المالكين أنا آخذ الخلوط وأعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضى بذلك صح وان أبي يبيع الخلوط ويقسم

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولحمد أنها نحن من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست غنا بحال ولو اختلفا جنسا كالخنطة والشعير والزيت والسمن خلط لا تنعقد الشركة بهما بالاتفاق والفرق لمجد ان الخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتم. كمن الجهالة كافي العروض واذا لم تصح الشركة قبل الخلط قد يحكم الخلط قد يبيناه في كتاب القضاء (وقول أبو يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقص لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تفرقا لان الخلوط لا يكون الامتعين اذ يقرر المعنى المفسد فكيف يكون صحيحا للعقد (قوله ولحمد مدرجه الله أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين نحن من وجه حتى يصح الشراعيها دينا في الذمة) وهو من حكم الاثمان (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين) وهما الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا يجوز الشركة بهما قبله ويشبهه الثمن بعد الخلط فتجاوز الشركة بهما بعد وهذا لان الخلط ثبتت شركة الملك فتشاككده شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فانها ليست غنا بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجهه لان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبهة به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متصلا في حقيقة وله شبهة باخرى لا يقال له شبهة وانما غايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يخلط بالخلط والالزم قول مالك وقد يبيناه ولو كان الخلوط له ما جنسين كالخنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا يجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما ما وقت القسمة باعتبار المثل (و) الخلوط (من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتم كمن الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كافي العروض) (قوله فحكم الخلط قد يبيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه يبينه في غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعدى بضمن نصيب الخلوط ماله اذا خلطه بنفسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كثير ربح رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كخنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهما هذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخلط سواء كان أجنبيا عن الخلوط ماله كغير المودع وغيره من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فان لم يظفر بالخلط فقال أحد المالكين أنا آخذ الخلوط وأعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضى بذلك صح وان أبي يبيع الخلوط ويقسم

(٣ فتح القدير - خامس)

قوله قد يبيناه بلفظ الماضي يعني ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب اقال سنيته والذي يبينه هنا في كتاب الوديعة ان الخنطة اذا كانت وديعة عند رجل خلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان

(قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الا خرف لينا مل (قوله وهذا لان اضافة العقد) أقول أي عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها) أقول فيتوقف على ثبوتها

قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف مال بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة)

الثن بينهما على قيمة الخنطة والشعير على ما ذكر وهو ان يضرب صاحب الخنطة بقيمة الخنطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمة غير مخلوط بالخنطة لان الخنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمة الا بالصفة التي بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الخنطة فلا يستحق أن يضرب بمخلوطا فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قبل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخلط فأما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخلط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينه مالمانيه من الحجر عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك والاصح أنه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق مالم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخلط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما ما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بعاو قسمة الثمن وان انفقا على الخلط ورضما به وهو جنس واحد مكمل أو موزون صار عيناً مشتركة فاذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما مالم لو كان المخلوط غير مثلي كالتياب فباعاها بثن واحد اقسما على قيمة متاع كل منهما ما يوم باعه لان كلا منهما باع ملكه والثن يعاقب له جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليه ما باعاً بالقيمة وان كانا جنسين مثلين فالثن بينهما مالا اذا باعاً على قدر قيمة متاع كل منهما ما يوم خلطاه بمخلوط لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما ما يوم ملك كل منهما مالم كان معاً لوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن لمخلوطاً ان لم يزد بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيد الخلط خيراً فانه يضرب بقيمة يوم يقتسمون غير مخلوط مثلاً قيمة الشعير يزداد اذا خلط بالخنطة وقيمة الخنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الخنطة يضرب بقيمة المخلوط بالشعير لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد عن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعاً فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما ما يوم المبيع لان استحقاق الثمن به وصار كالمخلوط وباعا السكل جملة فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الاثمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما ما وقت البيع فاذا تعدر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما ما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضمان لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار الى معرفة قيمة كل في أول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعدر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهما ما يوم الخلط كالباقى في المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما ما بخلاف ما اذا لم يخلط لان تقويم ملك كل منهما ما وقت البيع هنالك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما ما وقت البيع (قوله) واذا أراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرضه الاخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة

قال (واذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة منحصراً في الدراهم والدنانير والفلس النافقة وفي ذلك تضيق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مالا آخر ثم عقدا الشركة) لانه اذا باع كل واحد منهما ما نصف ماله بنصف مالا آخر صار نصف مال كل واحد منهما مضموناً على الآخر بالثن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بيننا ان العروض لاتصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لاتصلح رأس مال الشركة اذ لم يبيع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر اذ اباغ فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان عرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناها ان شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وأنا أذكر كذا ما ذكره شيخنا العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين أحدهما بيع مال يضمن كإيئنا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمه الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله ما يربح مال مضمون عليهم ما فيجوز ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقد شركة عنان أو مفاوضة يجوز زوال الجهالة لصيرة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد زوال الجهالة أصلا لانهم من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما ما فيكون ذلك رأس مالهما ثم ثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشربة تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لان ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع (١٩) لما بيننا ان العروض لاتصلح رأس

مال الشركة ونظيره ما ذكره القدوري ويستحب للتوضيح أن ينوي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله والنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب

قال (وهذه شركة ملك) لما بيننا ان العروض لاتصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعها على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة

مفاوضة أو عنانا فقل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز

نظائر كثيرة وقوله (يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة) نظيره ما اذا كان قيمة عروض أحدهما أربع مائة درهم مثلاً وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما والله أعلم

و (قوله ان العروض لاتصلح الخ) أقول تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدوري ويشير الشارح اليه أيضا في آخر كلامه (قوله وأنا أذكر كذا ما ذكره شيخنا العلامة عبد العزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية وشيخه هو الامام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف البزدوى (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول كيدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كما في العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبابكر الرازي المعروف بالخصاص فانه قال في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشتركا هكذا مفاوضة حاز حكم ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازي وانما جازت لانهم ما قسموا رأس المال شريكان فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ أبي بكر نقله الاتقاني عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب الى الفقه لبقاء الجهالة منظورة فيه فانها جهالة لا تنقضي الى النزاع والمفسد بالعقود من الجهالات ما ينقض الى المنازعة وانما قلنا لا تنقضي الى النزاع لأنه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقسمه بمخلاف الزيت والسمين المخلوطين فانهما يتفاوتان في القيمة فيؤدي الى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول الذي هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول الظاهر أنه يلزم هنا أيضا ربح مال يضمن اذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلاً والاخر بمائة فان حصة الآخر غير مضمونة على الاول مع أنه يكون شريكاً معه في المائةين فلينأمل

قال (وأما شركة العنان فتتعد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشتري اثنين في نوع برأ وطعام أو يشتر كان في عموم التجارات ولا يدكر ان الكفالة) وانعقد على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بيناه ولا تتعد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أى عرض وهذا لا يبنى عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) الحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

الا أن تكون مضافة الى حال بيعه - ما العروض بالدرهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقدت كمال فاما يثبت العقد بالدرهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهم - ما وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون رأس مال الشركة - عروض كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهم - ما عند القسمة وكل منهما متنفذ فيكون كل ما يربحه أحدهما ما هو مضمون عليه ولا نحصل جهالة في رأس مال كل منهما - لانه لا يحتاج الى تعريف رأس مال كل منهم - ما عند القسمة حتى يكون ذلك بالخزرف تقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نص - فان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من حزم بأنه قصد الى الخلاف حقيقة اختيار امسه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للتوضي أن ينوى الطهارة فقال المصنف والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ولذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم الباطل وعلمت انه متنفذ (قوله وأما شركة العنان فتتعد على الوكالة دون الكفالة) وهو ان يشتري اثنين في نوع من التجارات برأ وطعام أو يشتر كان في عموم التجارات ولا يدكر ان الكفالة) لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلو ذكرها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاداة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عينا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان الاعتبار فيها عدم اعتبار الكفالة لاعتبار عدمها فصح عينا ثم كفاية كل الاخر زيادة على نفس الشركة أى كما أنها تكون عينا مع عموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لاعتبار عدم العموم الا أن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة لجوهر فلا تصح الا عندما لم تكن مما تضمنتها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدا فلا تصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكرنا كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح فان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للفرد الداخلة في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة (قوله من عنى كذا) أى عرض قال امرؤ القيس

فمن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوار في ملامه مذبل

أى اعترض لنا سرب أى قطيع يريد من بقرة الوحش كان نعاجه عذارى أى بكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيهه نعاجه البقر في استرخاء لهما السمن بالعدارى والملاء المذبل أى الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضى المساواة بل عروض عرض تعلق بغيره من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائى والاسمى فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقة وبعضه لنفسه أو لانه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصر في حالتي الارخاء وضده الأثمة

قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شئ عرض في هذا القدر لا على عموم الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالآخرى فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الانتقائي عطف على سبيل القطع تقديره او هما يشتركان انتهى وقد تامل أن المصدرية تشبيهها بما المصدرية وعليه قوله تعالى لمن أراد أن يتم الرضاعة فيمن قرأ برفع يتم قال المصنف (وحكم التصرف لا يثبت الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد

ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح وجملة القول في ذلك أن ما ن شرط العمل عليه ما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطوا أن عمل أحدهما دون الآخر وأما إذا شرط العمل على أحدهما فإن شرط الربح بينهما على قدر رأس ماله ما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضعته وإن شرط الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرط الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضعية بينهما على قدر رأس ماله ما أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعي) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضعية على قدر المال) رواه أصحابنا في كتبهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه (قوله من غير فصل) يعني بين (٣١) التفاضل والتساوي (قوله كما في المضاربة)

اعترض عليه بأنه إذا ألحقتم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال عمل في مالك وربح لك واعمل في مالي وربح بيننا وفي المضاربة إذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وإن شرط عملهما وأوجب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنده كره أنه يشبهها

من وجه وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز فكذلك إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى فرض أو بضاعة

(ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح) وقال زفر والشافعي لا تجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى الربح مالم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فإصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذا الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا اشتراطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة ثمن الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالين ولم ينصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقدية من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى فرض باشرطه للعامل أو إلى بضاعة باشرطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسمًا وعملاً فانهم ما يعملان فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل باشرط العمل عليها

اشتقاق غير صحيح الأفياس مع ولا بد منه كما في استعجر الطين وأمناله (قوله ويصح أن يتساوى في رأس المال ويتفاضل في الربح) وعكسه بأن يتفاضل في رأس المال ويتساوى في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضل لا الخ ليس على إطلاقه بل ذلك فيما إذا شرط العمل عليهما سواء عملاً أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وإن شرط العمل على أقلهما بما لا يجوز وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى الربح مالم يضمن لأن استحقاق أحدهما الثلث الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضعية فانهم لا تكون الأعلى قدر رأس المال اعتباراً للربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالين) ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملاً وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل و) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال) غيره وهو (الشريك) ويستخرج به (ويشبه شركة المفاوضة اسمًا وعملاً فانهم ما يعملان فعملنا يشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة لأحدهما وهو الذي شرط عمله منفرداً أو مع الآخر وإن كان ربحاً بلا ضمان ويشبه المفاوضة حتى أجزأنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشرط العمل

لأنه ان شرط الجميع للعامل صار قرضاً وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المفاوضة اسمًا وعملاً فانهم ما يعملان فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فإن اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز منع ذلك بالإجماع وهذا يتضمن الجواب عن قوله هـ ان اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى الربح مالم يضمن وعملنا يشبه الشركة حتى لا يبطل باشرط العمل عليهما

(قوله ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة) أقول يعني لا شركة (قوله ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول يعني لا شركة قال المصنف (إذا الضمان بقدر الخ) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل قال المصنف (فعملنا يشبه المضاربة) أقول قال الاتقاني هـ أجاب لقول زفر والشافعي إن التفاضل في الربح مع تساوي المال يؤدي إلى الربح مالم يضمن بعد التسليم وانما قال بعد التسليم لأنه ينفي في أوائل الفصل عدم لزوم ربح مالم يضمن

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ) أي يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهم ما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه أي في هذا العقد إذا لفظ أي لفظ العنان لا يقتضيه أي لا يقتضي المساواة بتأويل الاختلاف لفظ المساواة (قوله للوجه الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح ما يضمن وقوله (ويجوز أن يشتركا) ظاهر وقوله (فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة إلا بقوله فعليه إقامة البينة فإن عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع عينته (قوله (٢٣) فإذا هلك مال الشركة) ظاهر وقيد الوكيل بالمفردة احترازاً عن الوكيل كالة الثابتة

في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فإنها فيهما تبطل بطلان ما تضمنهما من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل بطلان المتضمن تبعاً وأما الوكيل المفردة كمن وكل رجلاً بشراء عبد ودفع إليه دراهم فهلكت فإنها لا تبطل وأما المضاربة فقد قال غير الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فإنها تنعimen حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انتهى بتعيين فيها بالقبض فعمل في المسئلة روايتين

(قوله يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفي شرح الاتقاني ثم إذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لامن مال الشركة إلا بقوله والظاهر أن هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة في يده والقول للأمين مع التبيين تأمل فإن مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهم ما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة في المال ليست بشرط فيه إذا لفظ لا يقتضيه (ولا يصح الإعيان) ان المساواة في وجهه للوجه الذي ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوبى بتمسه دون الآخر لما ينشأ) انه يتضمن الوكيل دون الكفالة والوكيل هو الأصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الخ لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمترجم عينته قال (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشترى شيئاً بطلت الشركة) لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكيل المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان

على رب المال لا يبطل اعتبار شريكها الآخر الذي باعتباره أجزاء الزيادة في الربح لأحدهما بخلاف ماله شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضاً إلى قرض ان شرط للعامل كانه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه وإلى بضاعة ان شرط لرب المال لانه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شريكها الآخر ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشرط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر لكان قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله إذا لفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا ينشئ عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز أن يعقدها كل بيع ماله ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما ما وبض من جهة الآخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيها تساوى أو تفاوتاً على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه (قوله) وإذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يده أم لا أو يد شريكه لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فبطلت الشركة أما الأول فلان مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وأما بطلان الشركة (فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لانه يتعين) بالتعيين في الشركة) والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكيل المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الوكيل بثلث ذلك المال في ذمته كان مشترى بالموكاه حتى لو هلك المال بعد الشراء رجع عليه بثمنه أما لو هلك قبل الشراء فأنما

الشركة فكللامه صحيح أيضاً (قوله فإنها فيهما تبطل الخ) أقول وان لم يقبض المال (قوله كمن وكل رجلاً الخ) أقول بخلاف للشروح الأبرى إلى قول المصنف وانما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فإنه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه سرحد بذلك المصنف من كتب الإقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال الاتقاني فسمه نظراً لأن النقود تنعimen في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت انصر علمه في الزيادات في باب من الوكيل كالة بالشئ يكون على غير ما أمره انتهى قال الكل ولعل فيهما روايتين

(قوله لانه ماضى بشركة صاحبه فى ماله) أى الشريك الذى لم يهلك ماله ماضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله الاعلى تقديراً ببقاء ماله
بشركته فى ماله كما يشترط هو فى مال هذا (قوله وأيمهما هلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند
محمد خلافاً للحسن بن زياد) فائدة تظهر فى حق جواز بيع الكل فعند محمد أيمهما باع جاز بيعه (٢٣٣)

لان الشركة قد تمت
فى المشتري فلا تنقض
بهم لأك المال بعد تمامها
كألو كان الهلاك
بعد الشراء بالمالين جميعاً
وعند الحسن بن زياد
لا ينفذ بيع أحدهما
الافى حصته لان شركة
العقد قد بطلت بهلاك
المال كما لو هلك قبل
الشراء بمال الآخر وانما
يبقى ما هو حكم الشراء
وهو الملك فكانت شركتهما
فى المتاع شركة ملك
(قوله وقد بيناه) إشارة
الى قوله معناه اذا أدى
من مال نفسه الخ (قوله
أما اذا هلك مال أحدهما
ثم اشترى الآخر)
واضح (قوله لم يبيناه) إشارة
الى قوله لانه وكيل من جهته

وكذا اذا هلك أحدهما لانه ماضى بشركة صاحبه فى ماله الا ليسركه فى ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضياً
بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأيمهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك فى يده فظاهر وكذا اذا كان
هلك فى يد الآخر لانه أمانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك
من المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرطاً)
لان الملك حين وقوعه مشترك بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد
ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد حتى ان أيمهما باع جاز بيعه لان الشركة قد
تمت فى المشتري فلا ينفذ به لأك المال بعد تمامها قال (ويرجع على شريكه بحصة من غنه)
لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أو لاثم
هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بماله الآخر ان بطلت فالو كالة المصرح بها قائمة فكان
الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطاً لأن الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها قائمة فكان
مشتراً كالحكم الو كالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصة من الثمن

يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن ديناً فى ذمته فلا تبطل المضاربة والو كالة المفردة بهلاك
المال واحترز بالمفردة عن الو كالة النابتة فى ضمن الشركة فانما تبطل بطلان الشركة وهذا ظاهر فيما
اذا هلك المالان (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أى الشريك الذى لم يهلك ماله (لم يرض بشركة صاحبه
فى ماله الا ليسركه) هو أيضاً (فى ماله) بتقدير بقاءه (فاذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضياً) به عند
عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدته) وهى الاشتراك فيما يحصل (قوله فان اشترى أحدهما
بماله) ثم هلك مال الآخر فالمشتري بينهما على ما شرطاً لان الملك حين وقوعه مشترك بينهما لقيام
الشركة وقت الشراء لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أى
حكم (الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك) ثم الشركة (الواقعة فى هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر
شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد رحمه الله) فانما شركة ملك عنده حتى لا ينفذ بيع أحدهما
الافى نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كالألو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم
يبقى الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر
المصنف ان هلك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء به فلا يكون
الهلاك مبطلاً لشركة العقد بينهما ما بعد تمامها كألو كان بعد الشراء بالمالين (واذا) وقع المشتري على
الشركة (يرجع على شريكه بحصة من الثمن) لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد
بيناه (قريباً) هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أو لاثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم
اشترى الآخر (يعنى الذى فى يده المال) بالمال الآخر ان صرحا بالو كالة فى عقد الشركة) بان فالعقد
عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركاً بينهما كذا صورته فى المبسوط) فالمشتري
مشتراً بينهما على ما شرطاً لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك) وبهذا
جمع فى المبسوط بين التناقض الواقع فى جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله فى بعض المواضع فاشترى
بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفى بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما
بجعل محمل الاول اذ لم يكن فى الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثانى اذا صرحا بماله على ما ذكر

(قال المصنف خلافاً
لحسن بن زياد) أقول
قال الاتقانى فان عنده
شركة ملك فقط حتى
لا ينفذ بيع أحدهما
الافى نصيبه وجه قول
الحسن ان الشركة التى
عقدوها ارتفعت بهلاك
مال الآخر وانما يبقى
ما هو حكم الشراء وهو
الملك فلم يجز لأحدهما

أن يتصرف فى نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن لدوام الأمر المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فلي تأمل فى دفعه
فان رأس المال لم يندم هنا لصلاحيته المشتري له بقاء (قوله لم يبيناه إشارة الى قوله لانه وكيل من جهته) أقول والا فلي تأمل فى دفعه
إشارة الى قوله أنفاله لانه اشترى نصفه بوكالته

(قوله وانه بالخلط) أى الشركة فى الأصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا إشارة الى قوله لان الربح فرع المال) يعنى وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحمل أى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويستترط تعيين رأس المال وما اعتبره بالتعيين الاتسكون الشركة فى الثمن مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) إشارة الى قوله لان الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر باتحاد الجنس) يعنى بناء على أصله ما ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهما دراهم والاخر دينارين تعقد الشركة بينهما صحبة عندنا خلافا لفرق الشافعى وكذلك ان كان رأس مال أحدهما مائتا والآخر سودا ولا تجوز شركة التقبل أى على قول زفر والشافعى لانعدام المال ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الأصل أما انهم مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما ان كل ما هو مستند اليه فهو الأصل فلان المراد بالمستند اليه هو أن يكون غير مبيعاً عليه وذلك (٣٤) حد الأصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح فى الحقيقة يحصل من

التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف فى الكل فى بعضه بطريق الاصل وفى بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز أن يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز أن يضاف الى عين العلة واذا كان الأصل هو العقد وهو موجود ثبت الحكم فى الفرع وهو الربح وان لم يخلط المال والدليل الثانى وهو قوله ولان الدراهم والدينار لاتعيان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الأصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريه بشياً لان هلاك المال وبقيائه اذ ذلك بمنزلة لكون الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك ببقائه أوجب بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعتراض أيضاً بان المالكين اذا لم يخلطوا ببقايتهم لا شركة مع التمييز كما فى العروض وأوجب بأن علة فساد الشركة فى العروض ليست التمييز بل هى ما ذكرنا من الافضاء الى ربح ما لم يضمن

لما بيناه وان ذكرنا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشتري للذى اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فاذا بطلت بطل ما فى ضمها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخلط المال) وقال زفر والشافعى لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة فى الأصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويستترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر باتحاد الجنس ويستترط الخلط ولا تجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا أن الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً ولان الدراهم والدينار لاتعيان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه فى النصف أصيل وفى النصف وكيل واذا تحققت الشركة فى التصرف بدون الخلط وقوله (لما بيناه) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وان لم يخلط المال) به قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى الا أن مالكاً شرط أن يكون تحت يدهما بان يكون فى حانوت أو فى يد وكيلهما (وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا بالأصل على الشركة وانه) أى الشركة فى الأصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تحقق شركة بالخلط وقد اتفقنا على ان الاعتبار فى كل عقد شرعى ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أى كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما) حتى تفرع عليه (اعتبار باتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دينار ولا اذا كان لأحدهما مائتا وللآخر سودا لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يميز ما لأحدهما عن الآخر (ولا تجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال) لاختلاف الشركة فى الأصل والفرع ولشركة التقبل والاعمال لعدم المال (قوله ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال)

حاصل

اذ ذلك بمنزلة لكون الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك

ببقائه أوجب بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعتراض أيضاً بان المالكين اذا لم يخلطوا ببقايتهم لا شركة مع التمييز كما فى العروض وأوجب بأن علة فساد الشركة فى العروض ليست التمييز بل هى ما ذكرنا من الافضاء الى ربح ما لم يضمن

(قوله وما اعتبره بالتعيين الاتسكون الشركة فى الثمن الخ) أقول الانسب للتفرع أن يقال الاتسكون الثمرة مستندة الى المال (قوله وكل ما هو مستند اليه فهو الأصل الخ) أقول كان الاظهر ان يقول وكل ما هو مستند الى العقد فالعقد أصل له فقامل ثم قوله مستند اليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا بجمع الشركة فى الربح مستندة اليه وعلى ما قاله لا احتياج فى الشركة فى الربح الى العقد أصلاً اذا الشركة فى الملك الحاصلة فى الخلط كافية فيها (قوله يتصرف فى الكل) أقول أى فى كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر مصدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع

وقوله (وصار كالمضاربة) يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال (٢٥) كان الربح مستحقا بالعقد دون المال

كافي المضاربة فانه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ونصص شركة التقبل (قوله ولا يجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني أنه اذا شرط لأحدهما قفزان سماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شاعرا قال ولكل واحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل ويجوز له أن يبيع لأنه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جازله العمل به ولأنه أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بخلاف وكل من جازله أن يستأجر لتحصيل الربح جازله أن يبيع لان الاستئجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار على ومن ملك الاعلى ملك الأدنى وأن يودع المال لأنه معتاد ولا يجبد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانهادون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح

تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصص شركة التقبل قال (ولا يجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط بوجوب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولأنه أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض ودونه فملكه وكذلك أنه يودعه لانه معتاد ولا يجبد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانهادون الشركة فتضمنها

حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علة الماعرف ان لأثر العلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبغي على الاضافة وانما وجهه التقرير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بقيد لناذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للتصرف كافي للبضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيد شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا لأن أحدهما عن الآخر لا يكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحقيقه خارج عنه ثم قال المصنف (ولأن الدراهم والذنانير لا يتعينان يعني عند الشرايينهما) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيره ما لم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة) لتحقيق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه انما عقد في المحل قلنا انما بطلت لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالهـ قد منه يبطله كالببيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا فاذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس والتساوي) في رأس المال ولا (في الربح وتصص شركة التقبل) (قوله ولا يجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط بوجوب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشترطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني اذا شرط لأحدهما قفزان سماة بطلت لأنه عسى أن لا يخرج الارض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يضع المال) لأنه معتاد في عقد الشركة (من المتشاركين) ولأنه ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل للربح (بغير عوض ودونه) وانه أقل ضررا فاذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهران لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء ونحوه الظرف (قوله وكذلك أنه يودعه لأنه معتاد ولا يجبد التاجر بدامنه) في بعض الأوقات والمضارب وقوله (ويدفعه مضاربة لانهادون الشركة)

(٤ - فتح القدير خامس)

(قوله واذا بطل ذلك الاصل الخ) أقول يعني أصل زفر والسافعي

(وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لأنه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لأنه يجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك (٣٦) مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والأول) أي وهو أصدق وهو

رواية الأصل لأن الشركة) يعني في المضاربة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كما لو استأجر أجيرا ليعمل فإنه يجوز ولا واحد فلهذا أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته فإن المضارب إذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجير إذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فإنه حازه أن يكتب عبده والعبد المأذون له حازه أن يأذن لعبده فالجواب أن ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لأنه من المستتبعات وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعتراض بان الحكم الثابت مقصودا أعلى حالا من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي تنبت

وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله قال (ويوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أنواع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طالب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

لأن الوضعية في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة) في الربح (والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة) في الربح غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح فصار (كما إذا استأجره باجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة) فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة (لأن الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمنفعل بهما والناسخ مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكه ما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الإمام مستتبعة لصلاته ما بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على أنه ليس وزان مانح فيه بتأمل يسير ولكل واحد ان يشتري بالنسيئة وان كان مال الشركة في يده استحسننا وليس لأحد شريكي العنان الرهن أي رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له بخلاف المفاوض له ان يرهن ويرتهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليه ما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المظلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع أحدهما مالا ليس للآخر قبضه وللمدين أن يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما أن يتخادم فيما أذانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعلمه ولا أن يؤخر دينه فان أخر لم يمتنع على الآخر وكذا لا يمتنع اقرار أحدهما بدين في تجارته ما على الآخر فان أخر وانكر الآخر لم يمتنع المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدة وكيلا كان أو مباشرا وان أقر أحدهما وليا وانكر الآخر لم يمتنع ولو اشترى أحدهما شيئا فوجده عيما لم يكن للآخر أن يردّه لأن ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص برحمته لأن مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد أحدهما مال صاحبه بماليس من شركته ما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي اقراره عليه ويشارك شركة عنان ويمضي على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما أذانه الآخر أو أذانه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد بعيب ما شاء تراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستخلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريكي العنان أن (يوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لهما بخلاف الوكيل (صريحنا) بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طالب به) شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لأحدهما أن

وكالته في ضمن الشركة كيف جازله أو وكيل غيره وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان (قوله) وأجيب بذلك الجواب المشهور (الخ) أقول وسيجيء نظير هذا من الشارح أيضا في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث

قال (ويده في المال يدأمانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة فصار كالوديعة

يعلمه اذا اتمه شريكه عنه لم يكن له عله فان عمله ضمن نصيب شريكه وله - لذالوقال احدهما - ما خرج لدمياط ولا تجاوزها - فاجاز فذلك المال ضمن حصته شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا الوثيقة عن بيع النسبة بعدما كان اذن له فيه (قوله ويده) أي يد الشريك مطلقا (في المال يدأمانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه اعطاء البذل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثيق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده فانه لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى في السرا اذا ادعى الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فبات وتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى (فروغ في اختلاف المتفاوضين) قد علم انه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فأنكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع عينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضه أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالنائب بالاقرار وجميع ما ذكره مقتضاه انقسام ما في يده فيقبض بذلك فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا ما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن ذلك البذل صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعي تلقى الملك من قبل المقضى له كالمالك كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذوالبذل عينا في يده انه خاصة وهب شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقى الملك منه ولو ادعى انه مفاوضه والمال في يد المدعي عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عينا ما كان في يده أو ميراثا أو هبة وأقام بينة قبلت والفرق لأبي يوسف ان ذاليد هبنا مقر بالمفاوضة مدع لليراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذواليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم يكن أقام البينة في صورة الانكار لم يتخلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحى فادعى الورثة المفاوضة وبجحد الحى ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشئ فيما في يد الحى لانهم ما شهدوا بعد قد علم ارتفاعه لا تنقاض المفاوضة بموت أحدهما ولا لانه لا حكم فيما شهد به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما إلا أن يقيموا انه كان في يده في حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته حلفاؤه ولو كان المال في يد الورثة وبجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على المفاوضة وأقاموا ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير مفاوضة بينهم لم تقبل منهم لانهم جاحدون فانما يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعى الشركة فيما في أيديهم فيقتضى له بنصفه وصح شمس الأئمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدهم وتركه ميراثا لا يبنوا فأقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد كالمالك المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا افرق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضى بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهم ما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاءين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول ونقض له وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضين لزم كلامهم ما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلامهم ما صحح ظاهرا

وقوله (لا على وجه البذل)
احتراز عن المقبوض على
سوم الشراء لان المقبوض
على سوم الشراء قبض
لاجل أن يدفع الثمن (قوله
والوثيقة) احتراز عن الرهن
فان المرهون مقبوض
لاجل الوثيقة

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لاتفيد مقصودهما) أي مقصود الشريكين وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لاتفيد مقصودها أضاف المقصود إلى الشركة وان كان المقصود للشريكين بأدنى ملائمة وهو تلبس الشريكين بهذه الشركة (قوله ولا يشترط فيه) أي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لغيره ومالك رحمه الله قال ان اتفقت الاعمال كالقصار من اشتركا أو صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا (٣٨) لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعة

فلا يتحقق مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التخصيص وهو ممكن بالتوكيل لاتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلفا فهما أما الاول فلان التوكيل يتقبل العمل صحيح عن محسن مباشرة ذلك العمل وعن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيديه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثاني فلان أحد الشريكين لو عمل في مكان والاخر في مكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسألة الخلط ان شركة التقبيل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمه الله في جوازها اذا كانت الاعمال متفقة أجيب بان زفر في هذه المسئلة أعنى الخلط قولان فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكرها حكم

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبيل (كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا يجوز لان هذه شركة لاتفيد مقصودها وهو التمييز لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تقتضي على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التخصيص وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيل في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرط العمل نصفين والمال اثلاثا جاز) وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل

فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويتراذان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبيل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فخو الخياطين والصباغين يشتركان في ان يتقبل كل الاعمال) أو نحو الصباغ والخياط بفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لاتفيد مقصودها) أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية أي الشريكين (وهو التمييز) أي الربح (لانه لا بد) في الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا ان المقصود من عقد الشركة تخصيص الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز العمل أيضا كما مر في جاز بالتوكيل بان يوكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا في نصف العمل المتقبل ووكيلا في نصفه الآخر فتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معينا الشريك فيمالز به يتقبله عليه وهو جائز لان المشر وط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى ان نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الآخر الخانات واستحسن جوازها لان التقبيل من صاحب الخانات عمل (قوله ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لغيره ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لفران من ثمراته عدم جواز شركة التقبيل وهو ينافي اشتراطه لصحتها لاتحاد العمل والمكان أجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبيل روايتين ذكرهما في التيسر ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكرها شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لان المعنى المجوز لشركة التقبيل) من كون المقصود تخصيص الربح (لا يتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجب (قوله ولو شرط العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر (لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أي لانه لا مال

عقدت

الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكرا اختلاف الروايتين فيرى ظاهرا متناقضا

(قوله ولو شرط العمل نصفين) أي اذا شرط في شركة التقبيل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لا تصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فميجز العدة تاديبه اليه أي الى ربح مالم يضمن فصار كشركة الوجوه في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المثلث يرى بينهما على السواء واما اذا اشترط التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضا

وقوله (ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ ربحا لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس وهذا ما لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم أجزها بثوب يساوي خمسة عشر جازنا أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحدد لأن رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فإذا راضيا بقدر معين كان ذلك منهم ما تقوينا للعمل فيستقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم لأنه لم يؤد إلى ربح مالم يضمن بخلاف (٣٩) شركة الوجوه لأن جنس المال

متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهم مادراهم كانت أو دنائير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله (وربح مالم يضمن) تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز إلا في المضاربة وإنما جاز فيها الوقوعه بمقابلته العمل في جانب المصارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحدا منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلا يجوز (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) أي يبرأ دافع الأجرة إلى كل واحد من الشريكين قيل فيجوز أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع إليه أي صاحب الثوب مثلا لو أخذ أحد الشريكين ثوبا بالصبيغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا إلى صاحبه برئ من الضمان وقوله (وهذا) إشارة إلى لزوم

فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فليجز العقد لأدبته إليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيستقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطلب بالأجر (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة

عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مالم يضمن فلم تجز) كالم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرط التفاوت في ملك المشتري فإن اشتري كالأمر ما اشتري كل منهم يكون لا آخر ربحه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا لا أخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لأن رأس المال عمل والربح مال وإنما يقال له ربح مجازا وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصاً إذا كان أحق في العمل وأهدى وعلى هذا الوجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما معاً لا وجهوا الجواز لأن الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بخلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح مالم يضمن وهو لا يجوز إلا في المضاربة على خلاف القياس وهذا وقول المصنف لم يميز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أنه تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الأجر فإنه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وأن شرط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى إن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعلمه وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلاً بالأجرة ويبرأ الدافع بدفع الأجرة إليه وإن كان غائماً الذي تقبله قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما معاً على ما يتقبله الآخر ومطالبه كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع إليه الأجرة (ظاهر) فيما إذا عقدت الشركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما إذا أطلقا الشركة أو قيداهما بالعنان (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة) وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناه وبهذا علمت أن لا فرق بين إطلاق الشركة والتضييق على جعلها عناناً في أن المنعقد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة) أعنى شركة الصنائع

العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان) أي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وإن لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت لها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (وجه الاستحسان أن هذه الشركة

مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا) أي ولكون العمل مضمونا (يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولولم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بأزاء الغنم فإذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (يجرى) المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل (وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة في هذين الشئين لان فيما عدا ذلك لم يجز هذا (٣٠) العقد مجزأ حتى قالوا إذا قرأ أحدهما بدين من عن أشنان أو صابون أو أجر

أجيرا وأجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة وتلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار بوجوب المفاوضة قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه) وهو أن يشترك الرجلان ولأمال لهما (على أن يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتركان بوجوههما أي سميت شركة الوجوه لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من أهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الابدال أي الثمن والمثمن فيكون عن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم وإذا أطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما ينشأ في شركة التقبل وهي

(مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه) مجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولأمال لهما على أن يشتريا بوجوههما) يبيح افتتاح الشركة على هذا) سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال وإذا أطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قد دمنناه في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما ما وكيل الآخر فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتعبر الوكالة (فان شرط أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك يجوز

(مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لا أنهم اتضمت بوكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ماسمي للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه) مجرى) هذا العقد وان كان عنانا (يجرى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البذل) وان لم يتقبل ضرورة بخلاف ماسوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو قرأ أحدهما بدين من أمر الصناعة كثن صابون أو صبيغ أو بدين للعملة عن عملهم وأجره بيت أو كان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصاعلها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للآخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الا ثلث الاجر (قوله) وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولأمال لهما يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما ووجههما والربح بينهما مالان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير الو او انقلب حين وضعت موضع العين للوجوب لذلك ولذا كان وزنه عفل (وانما تكون مفاوضة) بان يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساوى في الربح وتلفظ بالنظر المفاوضة أو بذكر امة مقتضياتها كما سلف (فتحقق الوكالة والكفالة في الابدال) أي الاثمان والمبيعات وان فات شيء مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الأعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو انلا تصحج فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع ان الربح في كل منهما ما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما حوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عاملا في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في

ان الربح عنده فروع المال فاذا لم يوجد المال لم تنعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد الى آخره المضاربة

(قوله) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول يمكن أن يزعم تعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح البكر

(قوله ولا يجوز أن يتفاضل فيه) أي في الربح وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانتهما (قوله وهذا) إشارة إلى تختم المساواة في اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاقي فانه يجوز أن يلقى بأقل من النصف ولا يستحق بمساواها فان قيل لم لا يجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتديره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أوجب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل انما يجوز إذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله الأتري) توضيح لقوله ولا يستحق عما سواها (قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود إلى المبحث لانعام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ (٣١) وتقرر كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر

الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها ما ذكرنا من وجوه مقابلة به بالمال والعمل والوجوه أي شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين وأما المال في المضاربة فليس بضمنون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق به اقسيل فيه نظرا لان ربح مالم يضمن لو جاز في العنان لشبهة المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجوز ربح مالم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن والجواب ان

ولا يجوز أن يتفاضل فيه وان شرط أن يكون المشتري بينهما أثلا نفا للربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بمساواها الا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن يربح به لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في مضاهاتها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق به والله أعلم

فصل في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل

المضاربة على خلاف القياس واللام يجوز الخاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها إلى ربح مالم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة عروض مضارب مالم يضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع أوجب بانه انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

فصل في الشركة الفاسدة وجه تقديم الصحة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكدي وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدي (فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كالأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفسق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعها من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو النخل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا أجرا ولو كان الطين مملوكا أو سمل الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا وبيعا

العنان بالعروض لو كان مؤديا إلى ربح مالم يضمن فقط لا غفرناه ولكن انضم إلى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع إلى تخصيص العلة فاما أن يلتزم مساعه أو بصار إلى مخلصه المعلوم في الاصول

فصل في الشركة الفاسدة وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخير عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح

(قوله قيل هو إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله الخ أقول وفيه بحث فان الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل (قوله وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيها الماذكرنا) أقول في رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول والاولى عندي في الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن في المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والديناير فالتشبيه به لا يكون علة التجوز فيه فيما يجوز فيه فليست أم

فصل في الشركة الفاسدة

(قوله لان امر الموكل به غير صحيح) والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح (٣٣) وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقرير الثاني التوكيل

لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائب عنه وانما ثبت الملك لهما بالأخذ وأحرار المباح فان أخذه معافاهو بينهم ما انصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه وجعه وحله الآخر فلم يعين أجر المثل بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه

جازه وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الأبدان كالصباغين ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشترى أنا وعمار وسعد يوم بدر فلم أجبني أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين فأشرك بينهما النبي صلى الله عليه وسلم لم أجيب بأن الغنيمة مقسومة بين الغانين بحكم الله تعالى فيمنع أن يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وقعه له صلى الله عليه وسلم لم اتماه وتنفيل قبل القسمة أو أنه كان قد درما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم تصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان امر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه ولايته (والوكيل يملكه) أي تلك المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لان التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد هنا فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينة فانه يجوز زعم أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالتمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن بقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقاً على الموكل يتوقف على إثباته الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فإذا وكله فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا إذا استولى عليه بقصده لنفسه فأما إذا قصده لغيره فلم لا يكون للغير يجب أن اطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم لم الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فان أخذه جميعاً) يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل منهما وان لم يكن وزناً ولا كيلياً قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما فاعطاهما أنه بينهما ما انصفان والظاهر يثبت هـ في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الابيئنه لانه يدعى خلاف الظاهر (وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعانه الآخر) بأن قلعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه أحدهما وجعه والآخر حله فلم يعين أجر مثله بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف عن ذلك (وقوله) وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهم ما فوجه قول محمد أن المسمى مجهول اذ لم يدر أي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً أو لا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضا بالنصف للجهالة وصار مستوفياً منافعها بعد فاسد فله أجر مثله بالغام بالغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما اذالم يصيب شيئاً وفيما اذا أصاب أنه ان كان أجر مثله أكثر فهو قد رضى بما دونه من النصف وكونه مجهولاً في الحال فهي حالة على شرف الزوال فانه على عرض أن يصير معلوماً عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيب شيئاً فان المسمى لا يمكن اعتباره بجهالته بالتفاحش حالاً وما لا يخفى أن أجر المثل بالغام بالغ (قوله) لا يجاوز به (بفتح الواو على البناء للفعول وقوله) نصف عن ذلك (بالرفع لانه

بأخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل ومن تلك شيأ بدون أمر الموكل لا يصلح ان يكون نائباً عنه لان التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو نائب للموكل وليس بثبت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره ائلا يلزم إثبات الثابت ونفوض الثاني بالتوكيل بشراء عبد بغير عينة فان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النقص ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله (فلم يعين أجر مثله بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه) أي في كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم كرمحمد على أبي يوسف رحمه الله في الكتاب وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد وجه قول أبي يوسف أنه رضى بنصف المجموع وان كان ذلك

هو

مجهولاً في الحال لانه يعلم في المال وكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضية أن يصير معلوماً عند الجمع

(قوله لانه صادف غير محل ولايته) أقول وفيه بحث لانه تناقضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني (قوله والجواب أن معناه يملكه الخ) أقول فيه تأمل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النقص (قوله قيل تقديم كرمحمد) أقول القائل هو الاتقاني

فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصفه عن (٣٣٣) المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه

يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبته الزيادة ووجه قول محمد أنه لا يمكن تقريره أي تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرًا حيث لا يدري أي نوع من الحطب يصيبان وأي قدر منه يجمعان ولا يدريان أيضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدانه فاذا كان كذلك لا يمكن أن يقال ان المعين رضى بنصف المسمى من الحطب أو غيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغًا ما بلغ ألا يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا شيئاً كان له الاجر بالغًا ما بلغ فنهنا أولى لانهم ما أصابا وقوله (واذا اشتركا ولا أحدهما بغل ولا آخر راوية) الراوية في الاصل بعير السقاء لانه روى الماء أي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزايدة وهي المرادة هنا قال أبو عبيدة المزايدة لا تكون الا من جلدتين بقام بجلد ثالث بينهما التسع والجمع مزاد ومزاد وقوله (لان الريح فيه تابع للمال فيقدر بقدره) فيه نظر لان الريح عندنا فرع للعقد كما هو وكل فرع تابع وكونه تابعًا للمال انما هو مذهب السافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب

قال (واذا اشتركا ولا أحدهما بغل ولا آخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهم ما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلان عقدها على احراز المباح وهو الماء وأما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالريح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لان الريح فيه تابع للمال فتقدر بقدره كما ان الريح تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت بقي الاستحقاق على قدر رأس المال

هو النائب عن الفاعل **فرع** (١) هما كلب فأرسلهما فأصاب بينهما ولو كان لاحدهما أو أرسله جميعا كان ما أصاب للمالك (قوله) واذا اشتركا ولا أحدهما بغل ولا آخر راوية يستقي عليها الماء وما تحصل بينهما ما لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه ويقال رويته للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الاول أن يكون لهذا جمل ولا آخر بغل فاشتركا على أن كلايؤجر مال لكل واحد فزارزقا فهو بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هـ ذان كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بينهما ومنافع دابتي على ان ثمنه بينهما ولو صرحا به هذا كانت الشركة فاسدة ثم ان أجرهما ما بأجر مع لوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لان الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لان عقدها على منافع معلومة يبطل مع لوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما قسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان يتقبلا الحوليات المعلومة باجرة معلومة ولم يؤجرا البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبيل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة جمل الجمل على جمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبيل زيادة عمل أحدهما كما كسبا غن لا أحدهما آلة الصبغ ولا آخر يبيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعمل بها الا في ذلك البيت وان اجرا البعير أو البغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد ولو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الاجر على قول أبي يوسف وبالغاما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤجرها وما أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الاجر كله للمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا ان قدره انه قال بع منافع دابتي ليكون الاجر بينهما ثم ان الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد أجر مثله لانه لم يرض أن يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليبيع عليها طعاما للدفع اليه على ان الريح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والريح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها والريح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون له ذابغل ولا آخر مزادة فاشتركا على ان يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول السافعي وبه قال أحمد والاجر كله للذي استقى وعليه أجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل وأجر مثل البغل ان كان صاحب المزادة وجميع المزادة مزاد ومزاد (أما فساد الشركة فلان عقدها على احراز المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الاجر فلان المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله) وكل شركة فاسدة فالريح فيها على قدر رأس المال الخ) كآلف لأحدهما مع الفين ولا آخر فالريح بينهما ثلاثا وان كانا شرط الريح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال لا آخر وشرطا الريح أثلا باطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لان الريح في) وجوده (تابع للمال) وانما طاب على التفاضل

(٥ - فتح القدير خامس)

أنه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وهما قد فسد العقد فيكون تابعًا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تنضاف الى الشرط والريبع عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الارض ريعا أي غلة لانهم ازبادة

وقوله (على ما ينشأ من قبل) إشارة إلى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بمحاقته إلى قوله وإنشأ أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام الخ وقوله (لأنه) أي الموت (عزل حكيم) لكون موت الموكل بموجب عزل الوكيل حكماً نحو بل ملكه إلى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته وقوله (وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لا نهج الشركة بدون الوكالة أشار المصنف إلى ذلك آتياً بقوله ولا بد منها أي الوكالة لتحقق في الشركة وإذا كانت شرطاً لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله (لأنه) أي الفسخ (عزل قصدي) فيتعرف على

(وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لأنها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتداً إذا قضى القاضي بمحاقته لأنه بمنزلة الموت على ما ينشأ من قبل ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكيم وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة ذراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

بالنسبة في العدة وقد بطلت بطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ونظيره البر في المزارعة والربيع الزيادة (قوله) وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عتناً إذا قضى بمحاقته على البتة حتى لو عاد مسلم لم يكن بينهما مسركة وإن لم يقض القاضي بمحاقته انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلماً قبل أن يحكم بمحاقته فهو معاً على الشركة وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فإن لم يقض القاضي بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة وإن مات بطلت من وقت الردة وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عتناً عند أي حنفية رحمه الله لا وعندهما تبقى عتناً ذكره الولوالجي وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تتضمن الوكالة أي مشروط ابتداءها وبقاؤها باضرورة قائمها لا يتحقق ابتداءها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الإبقاء والوكالة وبهم هذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعاً ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل وبطلانها بالالتحاق لأنه موت حكيم على ما ينشأ من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما إذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لأنه عزل حكيم فإن ملكه يتحول شرعاً إلى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل المالك بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة وماله ذراهم أو دنائير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي لأنه نوع جبري فشرط علمه دفعا لضرر عنه وتقييده بما إذا كان مال الشركة ذراهم أو دنائير لأنه لو كان عروضا فلا روية في ذلك عن أصحابنا وإنما الرواية في المضاربة وهي أن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف فإن كان مال المضاربة ذراهم أو دنائير صرح فيه بغيره بصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس مال الشركة دنائير وعكسه فقط وإن كان عروضا لم يصح جعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضا وهو المختار وقرئوا بين الشركة والمضاربة بأن مال الشركة في أيديهم مامعا وولاية التصرف إليهم ما جبهت كل شيء صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان أو عروضا بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عرضاً ثابت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه **فروع** ١) انكار الشركة فسخ وقوله لا عمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامناً للقيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أنا أريد أن أشتري هذه الجارية بنفسى فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراه تكون له ثم فرق فقال إن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضى أم سخط بخلاف الشريك فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه اهـ وهذا غلط وقد صحح هو أنفراد الشريك بالفسخ والمال عروضا والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فإن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها إلا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعني إذا كان ساكتاً والمراد بجوبها وفروع الشريعة على الاختصاص ولا يشك على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوها شركة صحيحة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد إلى ناحية من النواحي لشركتهم فشاركه الخاضران آخر على أن ثلث الربح له والثلثين بينهما ثم أثلا ثلثاه للماضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع إليه بذلك المال

فصل ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة آخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح سوى ما ذكره وقوله (أما إذا أديا معا من كل واحد منهما ما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما وقوله (لان الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني أداءه بعض ماله على يد الوكيل لا يدفع الضرر أي بقاء الواجب في ذمته وقوله (لانه عزل حكيم) اعترض عليه بأنه يشك بالوكيل بقضاء الدين فان هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم بأداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيئا ففد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكيم هناك أيضا بأداء الموكل وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الأصل لان الدين تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل لم يكن أدائه موجبا لعزل الوكيل حكما فوضح الفرق أن هناك لولم يوجب الضمان على الوكيل بحمله بأداء الموكل لا لحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض ونضمينه ان كان هالكا وهنا (٣٥) لولم يوجب الضمان أدى الى لحاق الضرر

بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهمذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه أيضا بان زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكياله وحال ما يؤدى عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء وأجيب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الأمر وعند ما يؤدى الموكل عن نفسه الزكاة الحالية حاله زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أدائها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما أمره فإلذلك

فصل وليس لاحد الشرى يكن ان يؤدى زكاة مال الاخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهما صاحبه أن يؤدى زكاة فان أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الاول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا أديا على التعاقب أما اذا أديا معا من كل واحد منهما ما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الأمر بنفسه لهما انه مأمور بالتدليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التدليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كلأما مور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار ورجع الأمر لم يضمن المأمور علم أو لا ولا يضمن حنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهد مدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعزى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكيم وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا

سنتين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشئ فافسسه وأولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شركه لا ضمان عليهم ما وعده بعد ذلك رضيا بالشركة لان هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

فصل ولما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة انذليست من أمور التجارة والاسترباح أفرد بها فصل وأخره (قوله واذا أذن كل أن يؤدى زكاة أمواله اذا حال الحول خال فأدى) وقد أدى الأذن المالك ضمن لشركه ما أداه (علم بالاداء أولم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بأدائه هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل اللؤلؤ الحى ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم بأداء المالك ونص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم بأدائه أولم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر لا يضمن نفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما اذا أديا على التعاقب فان أديا معا من كل نصيب

ضمن وقوله وأما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كلأما مور بذبح دم الاحصار وتقديره أن لا نسلم أن المأمور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار وثمن سلما أنه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى أن يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمرا مقصودا فلم يمكن أن يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعزى فعل المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فانه واجب وكان اسقاط الواجب أمرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعزى فعل المأمور عن المقصود فيضمن

فصل وليس لاحد الشرى يكن أن يؤدى زكاة مال الاخر الا باذنه الخ (قوله وأجيب بأن الوكيل الخ) أقول وفي شرح الاتفاقى والجواب عن مسألة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس من أصحابنا من قال ان هذا الجواب عن قوله ما أفا ما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الاحوال فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة الى الفرق (قوله واعترض عليه أيضا الى قوله وأجيب عنه بأنه أمره الخ) أقول هذا الاعتراض والجواب للاتفاقي

وقوله (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كإشراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله أنه أدى ديناً عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطه والتمن بمقابلة الملك (٣٦) فكان الدين عليه خاصة ولا يبي حنيقة رضى الله عنه ان الجارية دخلت في الشركة على

الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليه بنصف الثمن) لانه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كإشراء الطعام والكسوة (وهذا) لان الملك واقع له خاصة والتمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البنات جربا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فأنشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجهه الى اثباته بالبيع لما بينا انه مخالف مقتضى الشركة فأنشبهناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن

الاخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكروه في المبسوط وزادات العنابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما ان تقع بمأداه بنفسه وأداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم ان أداءه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافة الكتاب انه أداء بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره بأداء ما هو زكاة لانا نقول ليس هذا من وسع الوكيل لان وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الاداء ولهذا الودفع الى رجل ليقضى به ديناً عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار أيضا كدم الاحصار اذا ذبح المأمور بعد زوال الاحصار (ولا يبي حنيقة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر ان لا يلتزم الضرر) بنقص المال الادفع الضرر الديني وقد خذ لا أدائه عن ذلك (فصار بأدائه معزولا علم أولم يعلم لانه عزل حكمي) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا وأما ما التزم به من المستثنين فقبل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيها وقيل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس بواجب على الأمر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أولم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين فالفرق انه أمر بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان الآخذ ذاته وهذا لان عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان فصا و قد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قوله ما ليس في وسعه ابقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلا حكما له ما أن ينعمه لانه موقوف على كون الامر صحيح بدفعه بمقيد برقوعه زكاة وهو ممنوع وقد قبل انه لما أمره بأداء الزكاة كان ناو بالها فلو بادرا الى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الامر كان بتأخير من سبب الوقوعا غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله) واذا أذن أحد المتفاوضين للآخر ان يشتري جارية ويطأها ففعل (وأدى جميع ثمنها من مال الشركة) فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليه (شريكه بنصف) ما أدى (لانه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لان الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله ان الجارية دخلت في الشركة جربا) على موجب المفاوضة (اذ لا يملكان تغييره فكان لحال عدم الاذن) ثم (الاذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) اذ (لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع) الصادر من البائع لاحد الشريكين (لما بينا) من عدم

البنات وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه صاحبه بشيء كما لو اشترى قبل الاذن وأدى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله (جربا على مقتضى الشركة) أى شركة المفاوضة فان ذلك يقتضى دخول ما ليس بمشتري كاطعام والكسوة تحتها وشراء الجارية ليس بمشتري فيدخل تحتها انهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها الا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها أجيب بأنه كان يحل وطؤها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله (غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله فأنشبه حال عدم الاذن فانه كان مما يوهبهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطؤها وبعد الاذن

ملكهما

يحل فأزال ذلك بقوله غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك

ولا وجه الى اثباته بالبيع يعنى لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها بنفسه لما بينا أنه مخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفا من قوله جربا على مقتضى الشركة فأنشبهناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانت قال اشترى جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك فجازت الهبة في الشائع لان الجارية مما لا تنقسم

بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للشترى خاصة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا ديناء عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا فاضى ديناء عليهم الماينا ثم ادخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعنتى عبدك عنى ولم يذ كر المال ففعل لا يصير هبة عند أبى حنيفة ومحمد والعنتى يقع عن الأمور (٣٧) لا انتفاء القبض الذى هو شرط الهبة

فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثانى أن الماين ثبت فى نصيب الشركة بالهبة حكما لا ذن بالوطء والمالك لا يثبت فى الجارية بالهبة حكما لا حلال فان من قال غيره أحلت لك وطء هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكم للهبة بالأحلال والجواب عن الاول أن ذلك انما لا يصير هبة لا انتفاء القبض الذى هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثانى أن المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله فى ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء ضمننا ولا يثبت فصدأ قوله (والبائع أن يأخذ بالثمن أي ما شاء الله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الوقف

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعنتى عبدك عنى (الح) أقول المسئلة مذكورة فى الأصول (قوله وعن الثانى أن المصنف أشار الى ذلك بقوله فى ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء

بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا ديناء عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا فاضى ديناء عليهم الماينا (والبائع أن يأخذ بالثمن أي ما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

ملكهما ما تغير مقتضى العقد ولان الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشعر كل بأنه لو ثبت الملك حكما لا حلال لمكان قول الرجل للرجل أحلت لك وطء هذه الامه تملكها لهامنه وهو منتف وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لهامن الجارية التى لا يملك المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشرى يكتن يملكها بالاستيلاء دون الاجنبى فأما من له حق التملك كالأب والجده فالرأيه غير محفوظة فى تملك الجارية بالاحلال

كتاب الوقف

مناسبة بالشركة ان كلاً منهما يراى لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل فى الشركة مستبقى فى ملك الانسان وفى الوقف يخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهى الانتفاع الدار الباقى على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموقوف لمافيه من ادامة العمل الصالح كما فى الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه امان تفسيره لغة فالجس مصدر وقف وقف أفق حبت قال غنتره

ووقف فيها نافية فكأنها * فدن لا تقضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويحتمل معان فى قولك وقف زيد أو الجار فوقف وأما أوقفته بالهمز فلغة رديئة وقال أبو الفتح ابن جنى أخبرنى أبو على الفارسى عن أبى بكر عن أبى العباس عن أبى عثمان المازنى قال يقال وقف دارى وأرضى ولا يعرف أوقف من كلام العرب ثم اشتد المصدر أعنى الوقف فى الموقوف فقبيل هذه الدار وقف فلذا جع على أفعال فقبيل وقف وأوقاف كوقت وأوقات وأما شرا فحس العين على ملك الواقف والنص صدق بمنفعتهم أو صرف منفعتهم على من أحب وعندهما حبسهما لا على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتى تمامه فلا حاجة لافراد هنا أيضا وانما قلنا أو صرف منفعتهم لان الوقف يصح لمن يجب من الاغنياء بلا قصد القرية وهو وان كان لا بد فى آخره من القرية بشرط التأييد وهو بذلك كالفقراء وصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس فى الدنيا بين الاحياء وفى الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جمل وعز وأما شرطه فهو الشرط فى سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون من جنس غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين جاء ولده لا يصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمى على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن

ضمننا ولا يثبت قصدنا) أقول قد سبق نظيره هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما للاحلال يكون ثبوته ضمننا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لهامن الجارية التى لا يملكها المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشرى يكتن يملكها بالاستيلاء دون الاجنبى

كتاب الوقف

يعطى لمساكين المسلمين وأهل الزمة وإن خص في وقفه مساكين أهل الزمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا أن خص صنفانهم فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضامنا وإن قلنا أن الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاص ولا نعلم أحدا من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا للبعد من الفقه فإن شرائط الواقف معتبرة إذا اختلف الشرع والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفان من الفقراء دون صنف وإن كان الوضع في كلهم قربة ولا شك أن التصديق على أهل الزمة قربة حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء رأيت لوقف على فقراء أهل الزمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولودفع المتولى إلى المسلمين كان ضامنا فهاذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب غلبه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراغا عنه نص عليه الخصاص في وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم أن خلاف أبي حنيفة في الوصية فانه انما شرط أن يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو أنكرفش شهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يحج به أو يعتزل يجوز لانه ليس قربة عندهم بخلاف مالو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم وأما المرتد اذا وقف حال رده ففي قول أبي حنيفة هو موقوف ان قتل على رده أو مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتحل ديناً جاز منه ما تجيزه لأهل ذلك الدين أما المرتد فابو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل وأما المسلم اذا وقف وقفاً صحيحاً في أي وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على رده أو مات أو عاد إلى الاسلام إلا أن أعاد الوقف بعد عوده إلى الاسلام وحكى الخصاص في وقف المرتدين خلافاً بين أصحابنا مبني على الخلاف في الذي يتزندق يهوديا أو نصرانياً أو مجوسياً قال بعضهم أقره على ما اختاره وأقر الجزية عليه لاني أن أخذته بالرجوع فاعاد رده من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقره على الزدقة وأما الصابئة فإن كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من أهل الزمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى إلى قبول شهدائهم على المسلمين فهذا حكمهم باسلامهم وأما الخطابية فاعلموا بقبولهم لانه قيل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المتدعي اذا حلف أنه محق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها من مال الكهأودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفاً لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على أنه هو الواقف أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنذكر وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وستأتيك فروع أخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون مجبوراً عليه حتى لو هجر القاضي عليه لاسفه أو دين فوقف أرضه لا يجوز لأن هجره عليه كي لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص وينبغي أن اذا وقفها في الحجر لاسفه على نفسه ثم لجهة لا تقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو أجزأ رضاء عاين فوقفها قبل مضيه لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ما جعله له من الجهات وكذا الورهن

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال (٣٩) وهو مصدر وقف الدابة وقفاً ووقفها

أنا بتعدى ولا بتعدى ووقف
الدار على المساكين وقفاً
وأوقفتم الغرة رديئة وعرفه
شمس الأئمة السرخسي
رحمه الله بأنه حبس المملوك
عن التملك من الغير وسببه
طلب الزلي وشرطه كون
الواقف حراً بالغاً عاقلاً وكون
المحل غير منقول وركنه
أرضي هذه صدقة
موقوفة مؤبدة على المساكين
وحكمه خروج الوقف أي
الموقوف عن ملك الواقف
وعدم دخوله في ملك
الموقوف عليه وكلامه واضح

قال الاتقاني الوقف الحبس
من قولهم وقف الدابة
إذا منعته من السير قال
صاحب الجهرة الوقف
مصدر ووقف الدابة أوقفه
وقفاً وكذلك كل شيء حبسته
وهو أحد ما جاء على فعلته
فصعل وقال ابن جني في
شرح المتنبي أخبرني أبو علي
الفارسي عن أبي بكر عن
أبي العباس عن أبي عثمان
المازني قال يقال وفتت
داري وأرضي ولا يعرف
أوقف من كلام العرب
أنهى وفي شرح السكاكي
الوقف في الأصل مصدر
وقفه إذا حبسه وقفاً ووقف
بنفسه وقفاً بتعدى ولا
يتعدى ومنه وقف أرضه
على ولده لأنه حبس الملك
عليه وقيل للموقوف وقف
كقوله نسج اليمس وضرب

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مات فقد
وقف داري على كذا

أرضه ثم وقفها قبل أن يستكمل الزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد الميراث
فافتكتها تعود إلى الجهة فلو مات قبل الافتسك وترك قدراً يفتك به افتك ولزم الوقف وإن لم يترك وفاء
بيعت وبطل الوقف وفي الإجارة إذا مات أحد المتأجرين بطل وتصير وقفاً وأما شرطه الخاص لخروجه
عن الملك عند أبي حنيفة الإضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يعلقه حكم به وعند أبي يوسف
لا يشترط سوى كون المحل قابلاً له من كونه عقاراً أو داراً وعند محمد ذلك مع كونه مؤبداً مقسوماً غير
مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلماً إلى متول وأما ركنه فالفاظ الخاصة كان يقول أرضي هذه صدقة
موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوت هذا اللفظ بعد شرطه ولا بأس أن نسوق شيئاً من
الفاظ أرضي هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفاً بل نذراً يوجب
التصدق بعينها أو بقيتها فإن فعل خرج عن عهدة النذر والأورث عنه كن عليه زكاة أو كفارة فمات
بلا إيصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي يوسف فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفاً على
الفقراء وهو قول عثمان البتي وإذا كان مقيداً لخصوص المصرف أعني الفقراء لم يكن مؤبداً لأن
جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيدي ومشايعه يفتنون بقول أبي يوسف ونحن نفقئ بقوله أيضاً
لمكان العرف وبهذا يدفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فبطل
لأن العرف إذا كان بصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال
أيضاً زوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة أو حبس ولو كان في حبس مثل هذا
العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا إذا قال للسبيل إذا تعارفوه وقفاً مؤبداً على الفقراء كان
كذلك والأسئلة فإن قال اردت الوقف صار وقفاً لأنه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة فهو نذر
فيتصدق به أو بثلثها وإن لم ينو كانت ميراثاً ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء أن تعارفوه
وقفاً عمل به والاستل فإن أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لأنه أدنى فائتاته
به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاصي بأنه لا فرق بينهما وذكر في أحدهما إذا لم تكن له نية
يكون ميراثاً ولا يخفى أن كونه ميراثاً لا ينافي كونه نذراً لأن النذر ورثاً إذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون
ميراثاً لأنه اقتصر على تمام التفصيل في أحدهما والافلاشك أن في كل منهما ما إذا لم تكن له نية يكون نذراً
فإن مات ولم يتصدق به ولا بقيته يكون ميراثاً ولو قال صدقة موقوفة فلهال وأبو يوسف وغيرهما على
صحته لأنه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذراً وكذلك حبس صدقة
وكذلك صدقة محرمة قبل ومحرمة بمنزلة وقف وهي موقوفة عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو
محبوسة موقوفة لأنه بمعنى موقوفة فكان كافراً لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت زل كرمي وقفاً
وفيه غرأ ولا يصير الكرم وقفاً وكذا لو قال جعلت غلته وقفاً تصحح الكلام ما لم يكن كأنه قال جعلت
كرمي بمافي وقفاً وينبغي أن لا تدخل الثمار لما سئل كره ولوراد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن
لا يختلف فيه كالمقال مع ذلك مؤبداً وهو موضع اتفاق مجزئ الوقف على أنها العبارة الواضحة الآن قوله
في الأسرار ولو لم يقل مؤبداً كان وقفاً على قول عامة من يجزئ الوقف يفيد أن فيه خلافاً ولا ينبغي أن التأييد
أن يجعله في أول الأمر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة
صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم)
أي بخبر وجهه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول إذا مات فقد وفتت داري على كذا)

الامير وجمع على أوقاف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وفتت الدابة وقفاً الخ) أقول فيه بحث لأن في مصدر وقف اللازم يجيء وقفاً
على ما عترف به لاوقفاً والجواب أن مقصوده أنه مصدر وفتتها أنا ذكر وفتت الدابة للتوطئة بدل على ذلك ذكر مصدر الأول دون الثاني

وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه إليه) قال رضى الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الموقوف في الأصل والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

وما عرفه به أبو حنيفة رحمه الله يقتضى أن لا يصح الوقف لأنه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله (وهو راجع) إلى قوله (فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الموقوف في الأصل) يعنى المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فأما أبو حنيفة فكان لا يميز ذلك ثم قال فإرادته أنه لا يميزه لازم فأما أصل الجواز فنثبت عنده كالعارية تصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الإبطر يقين قضاء القاضي بلزومه لكونه محتمدا فيه وإخراجه مخرج الوصية بأن يقول أوصيت بعتة لأرى خفيشة يذيلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود المنفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث

وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي قد منحه الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه إليه) بعد ذلك القول وبه أخذ مشايخ بخارى وإذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقة ليس إلا التصديق بالمنفعة ولفظ حبس إلى آخره لا معنى له لأن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كالألم يتصدق بنفسه فلم يحدث الواقف الأمشية التصديق بنفسه وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلاذ كر لفظ الوقف فلم يبدل لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يميز الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو الموقوف في الأصل) يعنى المبسوط وحينئذ نقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لأنه ظاهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يميز ليس المراد التلظ بل لفظ الوقف بل لا يميز الأحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف إذن فأبو حنيفة لا يميز الوقف أى لا تثبت الأحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم بها حكم وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لأنه لم يسلمه إلى غيره فظاهر وإن أخرجه إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لمنافعه **فرع** يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصى بغيره هذه الدار لساكنين أبدا أو لغيره لساكنين أبدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه أنها كتوله إذا تمت فقد وقفت دارى على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد ولا يخفى أنه لا حاجة إلى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لأن ملك الله في الأشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضيان إلا أن عند أبي يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الواقف إلى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الأصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن أحمد ينقل إلى ملك الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لا امتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد لأنه صلى الله عليه وسلم قال حبس الأصل وسبل الثمرة وهذا أحسن الأقوال فإن خلاف الأصل والقباس ثابت في كل من القولين وهو خروجه لا إلى مالك وثبت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع في الأول المسجد وغيره ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها بائنا ولا يباع ولا يورث وكذا المذهب المطلق عندنا فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فإن الذي في الحديث في بعض الروايات تصديق بصله مع أنه ليس على ظاهره والخرج إلى مالك آخر ثم رأينا غيره بينه بقوله إن شئت حبست أصلها وتصديقت بها أي بالثمرة أو الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المصنف وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم

(قوله واللفظ) أى لفظ الوقف
 ينظمهما أى يتناول ما قاله
 أبو حنيفة أنه هو حبس العين
 على ملك الوقف وما قاله
 وهو حبس العين على حكم
 ملك الله تعالى انتظاما
 واحدا من غير ترجيح فلا بد
 من دليل - بل مرجح - ثم ابتدأ
 ببيان دليله - ما بقوله لهما
 قول النبي صلى الله عليه
 وسلم لعمرضى الله عنه روى
 صخر بن جويرية عن نافع
 أن عمر بن الخطاب رضى
 الله عنه كانت له أرض
 تدعى ثمغ وكانت نخلا
 نفيسا فقال عمر يا رسول
 الله إني استغدت مالا وهو
 عندي نفيس أفأتصدق
 به قال تصدق بأصله لا بإيع
 ولا يوهب ولا يورث ولكن
 لينفق من ثمرته فتصدق به
 عمر رضى الله عنه فى سبيل
 الله وفى الرقاب والضيف
 والمساكين وابن السبيل
 ولذى القربى منه ولا جناح
 على من وليه أن يأكل
 بالمعروف أو يؤكل صدقا
 له غير متمول عنه وهذه
 الأرض كانت سهم عمر
 رضى الله عنه - بخير حين
 قسم رسول الله صلى الله
 عليه وسلم خيبر بين أصحابه
 ونفع لقب لها وهى بفتح الهمزة
 المثناة وسكون الميم والغين
 المعجمة

وقوله (أذله تطير في الشرع وهو المسجد) لبيان نفي استبعاد أن يخرج من ملك الواقف ولا تدخل في ملك غيره فان اتخذ المسجد لازماً بالاتفاق وهو آخر أراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصد لها فكذلك في الوقف ولا يحرى حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام) (٤٣) لأحبس عن فرائض الله) أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين

ورثته لكنهم يحملون هذا الأثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من الجيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع أبطل ذلك كله واكتفى بقول النكرة في موضع النفي ثم فتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه دليل وقوله (جاء محمد ببيع الحبس) يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وإن شريعتنا أباحته لذلك وقوله (كالسائبة) هي السائبة التي تسبب لنذرو كان الرجل يقول إذا قدمت من سقري أو برئت من مرضى فناقني سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حيث أن العين لا تخرج من أن تكون مملوكة له منتفعة بما فيها فانه لو سبب دابته لم يخرج عن ملكه فكذا إذا وقف أرضه أو داره وقوله (بمخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان إزالة الملك لا إلى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه إزالة الملك الثابت في العبد من غير ملك لأحد وقوله (وبمخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

أذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولا يحرى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لأحبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس لأن الملك باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف لا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها وأنصب القوام فيها إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبهه العارية ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائماً ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقاءه كالسائبة بخلاف الاعتاق لأنه انقضى وبمخلاف المسجد لأنه جعل خالصاً لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصرف خالصاً لله تعالى

بإزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا بد من إخراج ما من الإقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهم ما لأنه إذا ثبت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقة تاملها على ذلك لا اعتقاد الأئمة الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالإجماع إلى مالك وكذا الاعتاق وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله) أي لا يحرى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لأحبس عن فرائض الله أسند الطحاوى في شرح معاني الآثار إلى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما أنزلت سورة النساء أو نزل فيها الفرائض نهي عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن الهيثم عن أبيه وضعفه هو ما رواه ابن أبي شيبة موقوفاً على علي بن حذافه شقيق عن اسمعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لأحبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع وينبغي أن يكون له هذا الموقوف حكم المرفوع لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال إلا ما عاوا ولا فلا يحل والشعبي أدرك علياً وروايته عنه في البخاري ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شيبة في البيوع حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس وأخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل (قوله) ولأن الملك الخ) ظاهره مصادرة لجعله بالدعوى جزء الدليل والاولى انه افتاد كره ليصل الدليل بالدعوى وتقرى به أن حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى غير الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين إثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الأصل فاما أن يكون ذلك الملك غير الواقف أوله وانفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكاً للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الأصل يكون عن ملكه للعين لأن بوجوب موجب لا مرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محرراً عن ان يملك العباد فيه شيئاً غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد به زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالملوك وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما ألتحق المسجد به وأيضا قضية كون الخالص منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقياً لا تصدق بملك فاقضى قيام الملك فاما الاعتاق فانما للولاء بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الأئمة أن الأذى خلق ما لا غير مملوك وإنما عرض فيه المملوكية والاعتاق يعود إلى ما كان بخلاف ما سواه لأنها خلقت لتملك فبالوقف لا تعود إلى

اصل

قال المصنف (والملك فيه للواقف لا يرى أنه ولاية التصرف) أقول ومعنى الملك على ما ينبغي من الشراح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعاً في المحل (قوله) إلا ما قام عليه دليل) أقول كإلصاقه

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو بعلة بموته صورة الخدم أن يسلم الوقف ما وقفه إلى المتولي ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعد لزوم فيضضمان (٤٣) إلى القاضي فيقضى بلزومه وقوله (قال الصحيح

أنه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة فقبل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقبل لا يزول وهو الصحيح لأن الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك ولأنه تصدق بالغلة دائماً ولا يمكن التصديق بها هكذا إذا بقي أصل الموقوف على ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزمه والمراد بالحاكم المولى أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم وهو الذي يفوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتمعات فلا يصح أنه ينفذ ولكن لا يفتى به (قوله وقال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على قول أبي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فإنه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز

قال رضى الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو بعلة بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهده فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

أصل هو عدم الملوكة بل إلى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو ربا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجيح قول عامة العلماء بلزومه لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولاً كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث إلى آخره وتكرر هذا في أحاديث كثيرة واستقر عمل الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة ابن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كاهل بابن أبي ثور والناس أجمعون ذلك فلا تعارض في عمل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العمل ومن بعدهم متوارثاً على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله) وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم) وإن لم يخرج عن ملكه لأنه بمنزلة ما لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من إبطال الوصية وعلى هذا فإنه لا يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعدم موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشروط ولذا قال إذا امت من مرضى هذا فقد وقفت أرضي إلى آخره فمات لم تصرف وقفاً له أن يبيعه قبل الموت بخلاف ما لو قال إذا امت فاجعلوها وقفاً فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لأن الوقف بمنزلة تملك الهبة من الموقوف عليه والتملكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلاً أيضاً عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بأن صحته إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال دارى هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتى صح وله الرجوع لأن الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها ما لو قال إن قدم ولدى فعلى أن أفق هذه الدار على ابن السبيل فقد قدم فهو ندر يجب الوفاة به فإن وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفعه كانه اليهم جاز في الحكم ونذر به وإن وقفه على غيرهم سقط لأن غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لغو فصار الثابت النذر بالوقف جاز على كل من ليس بنفسه فإن قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لأنه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمسلمين مسجداً من بيت المال أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال ولو قال إن شئت ثم قال شئت كان باطلاً للتعليق أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال إن كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر أنها كانت في ملكه وقت التكلم فأنها نصير وقفاً لأنه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تجيز والمراد بالحاكم يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يرفع الخلاف للقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم

أنه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة لأن المباشرة في المرض كاللمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الإرث كالتأدية وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعاً لغيره فبأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة

بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالضام الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة الا أن يحكم به فله بيعه وبورث عنه اذ اقامت قبل الحكم الا أن تميز الورثة وعندهما يلزم الا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضيخان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كما لو وقف داراً ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه أرباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قوله) واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف (وهو) قول الاثني الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لان للواقف أن يجعله لله فيصير حقه له وحقه انما يثبت مسماً في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تملك لله تعالى (والتملك منه وهو مالك لجميع الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعاً لغيره فبأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يخفى ان التملك لله تعالى لا يتحقق لامقصودا ولا تبعاً لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لانه غاية ما يوجبه الدليل إما خروج الملك عند الوقف لا الى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهده الواجب كما هو في سائر الواجبات المسالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم الى المستحق تسليماً اليه تعالى كائنه تعالى جعله له نائبة في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولى كالزكاة ويمكن أن لا يلاحظ شئ من ذلك بل المقصود ليس الافعل ما وجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البصريون فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى الا انه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الامار يعني ما روى أن عمر جعله لوقف بل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورده في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فعلاً له ليمت الوقف بل لشغله وخوف التقصير في أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير نفعه من نفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم الى المتولى صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سبباً للاستحقاق على المتبرع لجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يده المعتق له والتأذير بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها يوجب عليه اخراج أحدهما من يده وهذه أمور شرعية لا عقلية ومما يبنى على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده وأخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه في السائر الكبير لان هذا شرط لا يحل بشرائط الوقف ولولم بشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية لا قيم وكذا الوما وله وصى فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدونه التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله أن

(قوله) وقد يكون تبعاً لغيره فبأخذ حكمه) أي يثبت التملك من الله تعالى ضمناً للتملك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصداً فبأخذ التملك من الله تعالى حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله) فينزل منزلة الزكاة والصدقة) يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التملك منه في ضمن التسليم الى الفقير

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) أي إذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث أنه يصح عندهما ولا يصح عند أبي حنيفة على ما هو الملقب في الأصل والأصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملكه جاز له إخراجه من ملكه كسائر أملاكه ولما انتقل إلى من بعده من شرط الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله (يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا لا يزال ملك الواقف الآن يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء إنما يحتاج إليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قولهما فإن الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لأن الخروج يقتضي أن لا يصح شرطه في صرف الغلة كما إذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا أو يجعل أرضه مسجدًا بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان فإن التصرف في غيره لم يكن صحيحًا والجواب عن الأول أن ما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في لزوم الصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قولهما لا قول أبي حنيفة إلا إذا حكم به الحاكم فإنه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن (٤٥) ملك الواقف عند أبي حنيفة لأن الوقف عنده

معرف بحسب العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج للمحالة وعن الثاني بأن خروج الملك إلى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه من خروجه عن الاتري أن القربان تصير بالارافة إلى الله تعالى ثم أن صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك بخلاف العبد فإنه يصير مالًا للمنافعة فلا يعمل فيه تصرف غيره وأما المسجد فالأصل التكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد فسلمنا أن الله تعالى لم يولي التخصيص إلى الذي جعله مسجدًا وانما لحقه

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ وإذا استحق مكان قوله إذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ ببيعته كسائر أملاكه ولأنه لو لم يملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه قال رضي الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال (وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذلك تمته وقال محمد لا يجوز لأن أصل القبض عنده بشرط فكذلك ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة وأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضًا لأنه يعتبر بالهبة والصدقة

يعزله وينعزل بموته إلا إذا جعل له قيمًا في حياته وبعد موته وكذا يمتن عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا نصير للمسجد حتى يسلمها إلى قيم المسجد (قوله) وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الأمصار إلا في قول عن الشافعي وأحمد أنه يدخل في ملك الموقوف عليه إذا كان أهلاً للملك إلا أنه لا يباع ولا يتملك والمختار الأول لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لأنه لا ملك له فيه ولكنه ينتقل للاجتماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) بل إن الصحة غير اللزوم وهو لم يقل إذا لزم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال إذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر أنه تجوز بالصحة عن اللزوم (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبنى على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لأن القسمة من تمام القبض) ولا بد من القبض فوجب وعند أبي يوسف

بالمسجد الحرام والكعبة (قوله لأن القسمة من تمام القبض) بيانه أن القبض للحيازة والحيازة فيما يسمي انما هي بالقسمة (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لا خلاف بينهم ما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهم ما في أصل القبض شرط أولاً عند أبي يوسف ليس بشرط فكذلك انما هو وعند محمد شرط فكذلك انما هو وأما فيما لا يقسم فلهذا أيضاً يجوز ويعتبر كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الإطلاق فإن ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بوجوده بقرينة النسخة الأخرى فإن الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضاً فليتأمل (قوله سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم) أقول فيه تأمل إذ حينئذ يشك أمر الاستثناء بقوله الآن يحكم به حاكم كمالا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج للمحالة) أقول لا نسلم ذلك فإنه يجوز أن يكون المعروف هو المعنى المصدري أعني أحداث الوقف وانما هو أو يكون المعروف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليتأمل (قوله وعن الثاني بأن خروج الملك الخ) أقول فيه بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المحل شرعاً فلو صح ما ذكره لا تنقض تعريف الملك ويجوز أن يصح بملاحظة قوله بتولية الشرع بأن راد بالقدرة الأصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه

المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيها في غاية القبح بأن يقبر فيه الموقى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبل في وقت بخلاف الوقف لا مكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن

لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من عامه فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بل أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخارى أخذ بقوله في وقف المشاع وأما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنفذة) أى المنجزة في الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض في تلك لما فيها من التملك للغير وأما الوقف فليس فيه عليك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا عليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أولا لا يحتملها ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصارا لانفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أى سواء كان مما يحتمل القسمة أولا لا يحتملها والخلاف مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض ألا ترى أن الشائع كان مقبوضا مالكا قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عند امكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وانما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فأتى الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فكتفى بتحقيق التسليم في الجملة وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج فيه الى التهاين والتأني وفيه يؤدي الى أمر مستقيم وهو أن يكون المكان مسجدا أو اصطبلا للدواب سنة ومتبرة عاما ومنزعة عاما أو مضافة عاما أو بالنسب فليس يلزم من المهاياة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بحتمه وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة وبتأبون وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا تجوز وكذا التهاين وعليه فرع مال الوقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للساكنين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرر وتوضع غلتها للساكنين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكرهوا ولو زادت على قدر حاجة سكناء نعم لا اعارة لا غير ولو كثر أولاد هذا الوقف وولدولده ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم الاسكناها تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا وانا ما كان فيها جرو مقاصير كان للذكر ان يسكنوا نساءهم معهم وللاناث أن تسكن أزواجهن معهن وان لم يكن فيها جرو لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناء لمن جعل له الوقف ذلك للغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الا خروضا بكيفية لا يستوجب أجره حصته على الساكن بل ان أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بل ازوجة أو زوج ان كان لأحدهم ذلك والآخر المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشرع والفرع في أوقاف الخصاص ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا الجاعهم على الاصل المذكور ولو اقتصموا أعنى الوقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبي يوسف فوقع نصيب الوقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه تابيا (قوله) ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه (يعنى شائعا) (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لان بالاستحقاق

المنفذة أى الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي فيما نحن فيه (قوله) الا في المسجد والمقبرة (استثناء من قوله) ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما أراداه الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها أما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما سيجي وأما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الوضع غير صالح لذلك لصغره فيبقى أن يكون بطريق المهاياة والمهاياة فيها في غاية القبح الخ مانع كرهه في الكتاب وهو ظاهر

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل أن يقول على وكذا كذا ثم على فقراء المسلمين حينما وجدوا منسلا وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسهم لهم لها أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك يعني لا إلى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التملك فإنه يتأبد كالعتق فوجب الوقف يتأبد وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاء (٤٧) ولهذا كان التوقيت مبطلاله لأنه يناقض موجب

كالتموقيت في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على مالك الواقف فكان موجب عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنا موجب زوال الملك وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بعهدة الوقف ولزمه خيفته يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا أوفق وأقول هذا ليس عناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولا يوجب أن المقصود من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة تنقطع لأن التقرب إلى الله تعالى تارة في الصرف جهة تتأبد فيصح في الوجهين

كافي الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو وقفه وفي مرضه في المال ضيق لأن الشيوخ في ذلك طارئ ولو استحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوخ ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا وقال أبو يوسف إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسهم لهم ما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاء فلهذا كان التوقيت مبطلاله كالتموقيت في البيع ولا يوجب أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

ظهر أن الشيوخ كان مقارنا للوقف (كافي الهبة) إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت له هذا بخلاف ما لو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثالث فإنه لا يبطل الباقي لأن الشيوخ طار وأبطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حيا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشترى بثمنه ما يجزئ وقفا (ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوخ) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزء شافع بطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفها على بعض الوجوه وودفعاها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لأن المانع من تمام الصدقة شيوخ في المحل المتصدق به ولا شيوخ ههنا لأن الكل صدقة غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جلة واحدة فهو كالمتصدق به رجل واحد وسواء بخلاف ما لو وقف كل منهم ما نصفها شافعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان فإن كلا منهما تصدق بنصيبه بعهدة على حدة لا ترى أنه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجزئ من ذلك لأن قبض كل منهما لا في جزءا شافعا فكذلك قبض الوالين ههنا ولو وقف كل منهم ما نصيبه وجعل الوالي واحدا فاسمها إليه جميعا جاز لأن تمامها بالقبض والتبعض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا) كالساكنين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسهم لهم) هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله (أن موجب الوقف) يعني بعد التسمية إلى المتولى عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تملك) وزواله يتأبد بعقود وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاء (ولهذا كان التوقيت مبطلاله) كالموقوف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لأنه انما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده إلى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال إذا

قال المصنف (لهما أن موجب الوقف زوال الملك) أقول أنت خبير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وجوابه مذكور في الشروح (قوله وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بعهدة الوقف ولزمه إلى آخره) أقول فيه أنه إذا حكم الحاكم بعهدة الوقف ولزمه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلا مجتهدا فيه فلي تأمل قال المصنف (ولا يوجب يوسف رحمه الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار

وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبثقة عنه لما بيناه ازالة الملك بدون التملك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها الفقهاء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقفاً وقد يكون مؤبداً فطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال (ويجوز وقف العقار)

انقطعت صار للفقهاء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف ثابتاً عنه من التأبيد حيث قال (وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبثقة عنه لما بيناه ازالة الملك كالعتق) وعندهما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة) ان كان وقف للسكنى (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبداً وقد يكون غير مؤبد فطلقه لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص) عليه فكان الاولى أن يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلهما الاول فاما الوجه الاول فاما يناسب الرواية عن أبي يوسف بأنه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فنهى ما في المبسوط فيما اذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأى امرأة تزوجت منهن أو خرجت منقلبه الى غيره فلا حق لهن في السكنى ونصبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتباراً للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يخرج من بقي منهن كان ميراثاً على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بيناه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشترط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشترط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون بطلان الوقف الآن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز أن يلزم ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل للناطقي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه يرجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعلمه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق أصلاً بينهما ما ذكر في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقضى الموقوف عليهم بصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فصل عنه روايتان وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منقلبه عنه فلا حق لهن في السكنى فلو طلقها وزوجها أو مات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لهما ما كان لهن في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود الآن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عادماً كان لها (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعاً فيكون وقفاً معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحساناً لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالبناء والطريق فيدخلان في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والريحان ولوقال وفقتها بمحقة وقفها بجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضاً ولكن في الاستحسان يلزم التصديق به على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصديق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجر يقطع في سنة فهو الوقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر ومطلي سرقينه

وعلى هذا الواجب قطع الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان سبباً الى ملك ورثته ان كان ميتاً وقائل أن يقول هذا التعليق غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لانه قال وصار بعدها الفقهاء وان لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأبيد أصلاً والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليق والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله (وهذا على الإرسال) أي ما ذكره القدوري

(قوله والجواب ان المروي الخ) أقول هذا مما يسم في كثير من المواضع

لان جماعة من الصحابة رضوا لئن الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضى الله عنه وهذا على الارسال قول أبي حنيفة (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة بيقرهاوا كرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آيات الجرأة لانه تباع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جازا فرد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعاً لولى

ورماده ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لان جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وقفوه) قد مرنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسأهم وقفوا وأسانيدهم كورة في وقف الخصاص ومنهم ما تقدم من وقف عمر رضى الله عنه أرضه غنم وأخر ج ابراهيم الحربى في كتابه غرب الحديث حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضى الله عنه وقف داره على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفاقة التي مات زوجها وفي البخارى وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الاسلام أسلم أبى سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر ابن الخطاب رضى الله عنه فسمايت دار الاسلام وتصدق به الارقم على ولده وذكر أن نسخة صدقة بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى أن قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الجدي تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضى الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمر بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال ومالا يحضر في كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم أجازته الوقف **فرع** اذا كنت الدار مشمورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد أداسه تغناء لشهرتها عن تحديدها **فرع آخر** وقف عقار على مسجد أو مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل أن يبنم اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها الى الفقراء الى أن تبني فإذا بنيت ردت اليها الغلة أخذ من الوقف على أولاد فلان ولأولاده حكموا بصحة وتصرف غلتها للفقراء الى أن يولد فلان **قوله** ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الارسال) أي على الاطلاق **قول أبي حنيفة رحمه الله** ثم قال القدوري (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة بيقرهاوا كرتها وهم عبيده جاز) والكرة الحراثون **وكذا آيات الجرأة** اذا كانت تبعاً للارض يجوز (لانه تباع للارض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصوداً كبيع الشرب) والطريق لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً وهذا كثير مستغن عن العبد ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل ان كان الواف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها فهي في مال الوقف والالتفة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بمنه آخر يعمل كالموتل فأخذته عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناة فعلى القيم أن ينظر فان كان الاصلح دفع هذا العمد بالجناية دفعه أو فداءه فداء من مال الوقف وإذا فداءه بقضية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لأهل الوقف من الدفع والفداء شيء فان فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعني فلامعنى لأفراد أبي يوسف (لانه لما جازا فرد بعض المنقولات بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله فتجوز تبعاً للعقار أولى وضمير لانه لسان أماً للوقف ضيعة فيه بقر وعبيده ولم يذكرهم فانه لا يدخل شيء

من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الاطلاق مقصوداً أو تبعاً كراعاً أو غيره تعاملاً وفيه أولاً قول أبي حنيفة والا كرتة جمع أكر وهو الزراع كائنها جمع آ كرتة ديرا وقوله (والبناء في الوقف) أي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لانه لما جازا فرد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل تبعاً لشيء كما في المتعارف مثل الفأس والقوس والمراجل (عنده) أي عند محمد (فلان يجوز الوقف) أي وقف المنقول (تبعاً لولى) والمراد بالكراع هنا هو الخيل المناسبة ذكر السلاح

قال المصنف (والبناء في الوقف) أقول فيه نوع مصادرة لان البناء مما ينقل تأمل في جوابه فان تبعية البناء أقوى قال المصنف (فلان يجوز الوقف فيه تبعاً أولى) أقول هذا فيما فيه تعامل مسلم وأما مطلقاً فلا تدبر

(وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل وجه الاستحسان الآخر المسمى بوجوبه فيه من أقواله عليه الصلاة والسلام وأما خالد فقد حبس أدرعا وأمر الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى أكرعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الأبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالقاس والمز والقدوم والمنشار والخنزرة وثيابهم والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس اغنياءه بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه

من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضا في ذلك (على ما قالوا وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل) من شرط التأيد والمنقول لا يتأيد (وجه الاستحسان الآخر المسمى بوجوبه فيه) أي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فمعه ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينتم ابن جميل الآن كان فقيرا فإغناه الله وأما خالد فانكم تظلمون خالد وقد حبس أدرعه وأعتده في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي على ومثلها ثم قال أما شمرت أن عم الرجل صنو أبيه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدرعه وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جعه على أكرع لأن فعلا لا يجمع على أفعال بل على أفعال كقصاب وأعقب وانما ذكره في الصحاح صيغتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكرع الآن الطبراني أخرجه عن ابن المبارك حدثنا جاد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي إلا أن أموت على فراشي ومامن عمل أرجى عندي من لاله إلا الله وأنا متمسك ثم قال إذا أنا مت فانظر واسلحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكري هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه مامن عمل أرجى عندي بعد لاله إلا الله من ليلة بتم وأنا متمسك والسماء تهمني تنظر الصبح حتى تغير على الكفار وإذا عرف هذا فالأبل تدخل في حكمه بالدلالة

وقوله (لما بيناه من قبل) يعني ما مران من شرطه التأيد والتأيد لا يتحقق في المنقول والمراجلة قدور النحاس

(قوله يعني ما مران من شرطه التأيد والتأيد لا يتحقق في المنقول) أقول وفيه تأمل كتب وجهه في الجواب عن دليل الشافعي على ما يجيء

لأن العرب يغزون عليها مع أنه روى أن أم معقل جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وإنني أريد الحج فأركبه فقال صلى الله عليه وسلم أركبه فإن الحج والعمره من سبيل الله والحاصل أن وقف المنقول تبعاله ما يجوز وأما وقفه مقصودا أن كان كراعا أو سلاحا جاز وفيما سوى ذلك أن كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالناب والحموان وتجووه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وإن كان متعارفا كالخنزرة والقاس والقدوم وثياب الخنزرة ومما يحتاج إليه من الأواني والقدور وفي غسيل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الإمام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى أنما ضيخان وقف بناء دون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاص ما يفيد أن الأرض إذا كانت متقرة لا احتسار جازفانه قال في رجل وقف بناء داره دون الأرض أنه لا يجوز قيل له فما تقول في حوانيت السوق وقف رجل حوانيتها قال إن كان الأرض حارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلاطون عنها قالوا وقف جائز لأننا ما في أيدي أصحاب البناء يتوارثون أو تقسم بينهم لا يتعرض لهم السلاطون ولا يزعجهم عنها وانما غلبت أخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبنايها ويؤجرونها وتجو فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويبنونها غيره فأفاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البنين فيه والأفلا وذكري موضع آخر في فتاوى قاضيان إذا بنى قنطرة للمسكين جاز ولا يكون بناءها ميراثا ثم ذكر أنه انما خص

وقوله (الحاقاها بالمصاحف) يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذلك الكتب ذكر في فتاوى قاضيان اختلفا في المشايخ في وقف الكتب
جوزة الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير فإن الانتفاع الذي خلقت
الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن به ما مع بقاء أصله في ملكه (٥١) وقوله (ويجوز بيعه) احتراز عن حمل النافعة

والجارية فإنه لا يجوز بيعه
فكذلك وقفه عنده أيضا ولنا
أن الوقف في المنقول لا يتأبد
وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز
وقفه لأن التأبد لا بد منه
على ما بيناه فصار المقولات
كالدراهم والدنانير وقوله

(بخلاف العقار) جواب

عن اعتباره بالعقار وقوله

(ولا معارض من حيث

السمع) جواب عن قوله

فأشبه الكراع والسلاح

ووجهه أن الأصل أن لا

يجوز وقف الكراع والسلاح

أيضا كالدراهم إلا أن

تركناه بمعارض راجع من

حيث السمع وقوله (ولا

من حيث التعامل) جواب

عما قيل ترك الأصل في

الكراع والسلاح معارض

من حيث السمع وهو ليس

بوجود في المراحل والقدم

وغيرهما فليكن صورة

التزاع فببينة على ذلك

ووجهه أن لهما معارضا

من حيث التعامل وليس

بوجود في صورة النزاع

كالعبيد والاماء والنياب

والعبد وأمثالها فبقي على

أصل التماس وقوله (وهذا)

استظهار على أن الحاق غير

العقار والكراع والسلاح

ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كإفى الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعن نصير بن
يحيى أنه وقف كتمه الحاقاها بالمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد من تعليمات العلماء وقراءة
وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز عنده وقفه وقال الشافعي كل ما يمكن
الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فاشبهه العقار والكراع والسلاح
ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصارت كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من
حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل القياس وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنم الدين
فكان معنى القرية قيم ما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير ملوك ثم قال وهذه المسئلة دليل على
جواز وقف البناء بدون الأصل ثم نزل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف
البناء في أرض هي عارية أو آجارية وإن كانت ملكا للواقف البناء حاز عند البعض وعن محمد إذا كان البناء
في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وفعاء عليهم ذكر الكل في الفتاوى وإطلاق
الآجارية معارض قول الخصاف في أرض الحكور واللهم إلا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت
كالملاك على ما ذكره وسمعه وفي الخلاصة إذا وقف مصفا على أهل المسجد لقراءة القرآن أن كانوا
يحصون جاز وأنهم وقف على المسجد جاز ويقر في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على
هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه
أبو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس بأبائه والنص ورد في الكراع والسلاح على
خلافه فتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول القياس ينزل بالتعامل كإفى الاستصناع وقد وجد التعامل
في هذه الأشياء وعلى قول محمد أكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعي
رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأجد أيضا وأما
وقف ما لا ينتفع به إلا بالتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد
بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بجي وأما الحلي فيصيح وقفه عند أجد والشافعي لأن حفصة
رضي الله عنها ابتاعت حايبا بعشرين ألفا فبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن
أجد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع
ومعارضه المصنف بأن حكم الوقف الشرعي التأيد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنم الدين
فكان معنى القرية قيم ما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيه ما شرعية فيما هو دونها ولا يلحق دلالة
أيضا لأنه ليس في معناهما وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد
لما رأوا من جريان التعامل فيهما في الخلاصة وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمتها يعطى لأبناء
السبيل قال إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الانصاري وكان
من أصحاب زفر فبين وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن لا يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع
الدراهم مضاربة ثم تصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن ببيع ويدفع عنه مضاربة
أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكرم الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بد
لهم ليزرعوا لا أنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر اقترض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا

بهم ما غير جائز لأن غيرهما اقترض ما ليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاء أن يترك به
قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود في محل النزاع أيضا

قال (واذا جمع الوقف لم يجز بيعه) أي إذا لم (٥٣) الوقف لم يجز بيعه ولا تخليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك

القسمه فتصح مقاسمته
فقوله الآن يكون مشاعا
استثناء من قوله لم يجز بيعه
وهو منقطع أو متصل لأن
معنى المبادلة في قسمه
العقار راجع بخصاله كأنه
بيع أنشاعا أما امتناع
التملك فلما يبايعني ما روى
من قوله صلى الله عليه
وسلم تصدق بأصلها
لاتباع ولا توهب وما ذكره
من المعنى بقوله ولأن
الحاجة ماسة الخ وقوله
(وأما جواز القسمه)
فظاهر وقوله (فهو الذي
يقاسم) أي الواقف هو
الذي يقاسم شريكه
لا القاضي وقوله (خالص)
صدقة عقار أي لو كان له
عقار مائة ذراع وهو خالص
له لا شركة لغيره فيه
فوقف منه خمسين ذراعا
وجب أن يكون القاسم
هنا غير الواقف لئلا يلزم
أن يكون الشخص الواحد
مطالباً ومطالباً في مقام
النصف الذي هو الوقف
مطالب من مالك النصف
الذي هو غير وقف ومالك
النصف مطالب وهو
الواقف بعينه المقاسم
لنصف الوقف فكان
مطالباً ومطالباً وهو
لا يجوز فصرف أمره إلى
القاضي ليقاسمه

(قوله استثناء من قوله لم

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تخليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمه
فيصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما يبايعنا وأما جواز القسمه فلأنها تميز بغيرها فإما الأمران الغالب
في غير المكمل والموزون معنى المبادلة الآن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف فلم تكن
بها وتخليكاً ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف وبعد الموت
إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي

السبيل يجب أن يكون جائزاً قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دناوند ولا كسبية واسترة الموتى إذا
وقف صدقة أجازت دفع الأقسمة للفقراء فينتفعون بها في أوقات أسهم أو لو وقف ثوراً لأزواجه بقرهم
لا يصح ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجمال في سبيل الله فلو وقفه على أن يمسكه مادام حيّاً أن يمسكه
للجهاد جازله ذلك لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن الجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه وإن أراد أن ينتفع به
في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤجر فرس السبيل إلا إذا
احتجج إلى نفقته فيؤجر بقدر ما يتفق عليه قال في الخلاصة وهذه دلائل على أن المسجد إذا احتاج إلى
نفقة يؤجر قطعة منه بقدر ما يتفق عليه اهـ وهذا عند أبي يوسف لا يصح لأنه يعود إلى الفسخ الذي لا جله
استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجداً يصلي فيه عامداً أو مطبلاً بطفه الدواب
عامداً ولو قيل أنما يؤجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز الجماعة فيه وإقامة الحائض
والجنب فيه ولو قيل لا يؤجر لذلك فكل عمل يؤجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك أن باحتياجه
إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجداً نعم إن خرب ما حوله واستغنى عنه
فحينئذ لا يصير مسجداً عند محمد خلافاً لأبي يوسف وأما ما ذكرنا من بيت المال
لأنه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضاً يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط وإذا زوج
السلطان أو القاضي حاربه الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو أن في الأول
اكتساباً للوقف دون الثاني ولهذا الزوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع وقف المنقول
وقف دار فيه اجسامات يخرج من ورجع في وقفه الحمامات الأصلية قال الفقيه هو كوقف
الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وعمرها قال
الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها إن انفسد أغصانها فإن لم ينتفع بأوراقها وعمرها فأنما تقطع
ويصرف ثمنها إلى سبيله فإن نبت ثانياً ولا غرس مكانه أو سئل أبو القاسم الصفاق عن شجرة وقف بيس
بعضها وبقي بعضها فقال ما بيس منها فسبيله سبيل غلته وما بقي متروك على حاله (قوله وإذا صح الوقف)
أي لزوم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه
ولا تخليكه) هو باجماع الفقهاء (الآن يكون مشاعاً فيطلب شريكه القسمه عند أبي يوسف فتصح
مقاسمته أما امتناع التملك فلما يبايعنا) من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يبيع ولا يورث
ولا يوهب ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلى آخره ولأنه بالزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يمكن
من البيع (وأما جواز القسمه) أي عندهما فإن على قول أبي حنيفة لا يجوز وإن قضى القاضي بصدقة
وقف المشاع لأن المبادلة ومعنى المبادلة هو الرجوع في غير الثليات (فلأنها تميز) معنى (وأما جواز الأمر
أن الغالب في غير المكمل والموزون معنى المبادلة الآن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً
لوقف فلم تكن بيعاً وتخليكاً ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية
لواقف) عند أبي يوسف ووقف المشاع إنما يجوز على قوله (و) لو طلب الشريك القسمه (بعد موته)
فالقسمه (إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له) للقسمه طريقان أحدهما أن (يقاسمه القاضي)

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم أن أعطى الوقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وأن أعطى الوقف جاز ويكون بقدر الدراهم ثم شراء قال (والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بمعارته شرط ذلك الوقف أوله بشرط) لأن قصد الوقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى إدخال الدارهم في القسمة أو تراضيا على ذلك فإن أدخل الدارهم في القسمة لا يجوز إلا للضرورة أو بالتراضي على ماسية أي في كتاب القسمة أن شاء الله تعالى فلا يخلو إما أن يكون الوقف بأخذ الدراهم أو يعطى فإن كان الأول لم يجز لأنه يعطى بعقابه الدراهم شبهة من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الثاني جاز لأنه حينئذ يشتري شيئا بمقابلته الدراهم ويقفه وهو جائز

بأن يرفع الأمر إليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه) أن أحب وهذا (لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بآراء الجوده دراهم فإن كان الآخر لأخذ الدراهم هو الوقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الأحسن لا يجوز لأنه يصير بآراء بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الآخر أخذ شريكه بأن كان النصيب الوقف أحسن جاز لأن الوقف مشتمل على بائع فكأنه اشتري بعض نصيب شريكه فوقه فقلوه (أن أعطى الوقف لا يجوز) يصح على بناءه للفعل ورفع الوقف ويصح على بناءه للفاعل ونصب الوقف لأن المعنى فيه ماله أخذ الدراهم وأعلم أن عدم جواز البيع في غير القسمة فيما إذا كان قائما عامرا أما إذا تمدم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لأنه يرجع إلى ملك الوقف أن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظير يعني لأن الوقف بعد ما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الوقف وأنت تعلم أن قول محمد بن جرجة إلى ملك الوقف أولى من قوله في المسجد لأن خلاصه لله تعالى أقوى من غيره من الأوقاف ولأن ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها إذا لم يكن له ريع يعاديه ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حانوت احترق في السور وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحيث لا يمكن عمارة فهو للوقف ولورثته فإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطعة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاص إذا كان كالقطعة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فإنما يصير لبيت المال إذا عرف الوقف وعرف موته وانقراض عقبه وزوي عن محمد إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجوز القسيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعه أو يشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما إذا خاف المتولى على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعه أو يتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لأن الوقف بعد ما أصبح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار بل تنكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القاع لأنها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والتلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي إذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعًا لزيادة مؤنة الهدم إلا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصره إذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بمعارته سواء شرط الوقف ذلك أو لم بشرط) لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك (بصرف الغلة مؤبدا) ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء وله إذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في شيء من رسم الصكولة فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لاداء العشر والخراج والبذر ورازق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لأن حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا اللفظ الحديث وهو من جملة وائام الحكم ولا حرازه معاني جمة جري مجرى المثل واستعمل في كل مضرة متبالة منفعه ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للوقوف عليهم هم كانت العمارة عليهم هم أيضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم أي لا يفوز المتولي بهم لعدم تعيينهم وعسرهم وأقرب أموالهم الى المتولي هذه الغلة فتجب فيها وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعني حتما لانه قال فهو في ماله أي مال شاء وهذه الغلة أيضا من ماله فلم يقيده بذلك تناقض كلامه وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لا تصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لازائدا عليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر

ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبني على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلته مضمونة الى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمسحقة عليه والغلة مسحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف الى العمارة تصرف ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لان الخراج بالضمان على مامر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجرها الحاكم

فيذهب رأيه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صك يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والذابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي ليكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن محمد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجده عبدا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذ منه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده اهـ ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الحكم وفي معناه الغرم بالغرم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة متبالة منفعه وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما) تكون (على الموصى له بها) (قوله) ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور ان يلزمه عدم اجتماعهم وعسرهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله) وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حياته) فاذا مات فن الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبته) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي (بقدر ما يبقى الموقوف به على الصفة التي وقف عليها) فأما الزيادة فليست بمسحقة) فلا تصرف في العمارة (الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أي لا يراد على الصفة التي كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أي الزيادة (والاول أصح) لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤثر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضرر دين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا أن يعمل كالفاعل والبناؤه ونحوه ما في أخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام خنفر الدين فاضل خان رجل وقف ضبعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لاحاجة فيها الى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذ الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اهـ فهذا عندنا فيمن لم يشترط له الواقف شيئا أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله) فان وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجرها الحاكم

وقوله (والاول اولي) يريد به اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى (٥٥) والثاني هو ترك العماره واستفيد

ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا وقوله (في حيز التردد) بانه ان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله في الحال ولرجائه اصلاح القاضى وعمارته ثم رده اليه وقوله (ولا تصح اجارة من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تملك المنافع بعوض ولا تملك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونفوض بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تملك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أقيمت له المنفعة ولهذا لم تتم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من حوزة تملك المسالك حوزة تملك غيره قال (وما نهى من بناء الوقف وآله) قال صاحب النهاية قوله وآله يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء يعني ما نهى من آلة الوقف بأن يسلي خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انه دمت الآلة

وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول اولي ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من اتلاف ماله فأشبهه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضامنه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال (وما نهى من بناء الوقف وآله) صرفة الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيه صرفة ماله لانه لا بد من العماره ليقبى على الأيدي فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفة ماله او لا أمسكه حتى لا تضر عليه ذلك أو ان الحاجة في بطل المقصود وان تعدر عادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمه صرفا للبطل الى مصرف المبدل

وعمرها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول (أولى) وهو العماره (أولى) من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين أولى من ابطال احدهما (ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من الزام الضرر ب) اتلاف ماله فأشبهه امتناع صاحب البذر (في) ما اذا عقد عقد (المزارعة) وبين ان عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضامنه ببطلان حقه لان امتناعه في حيز التردد) يعني دلاله الامتناع على الرضا باسقاط حقه متردد فيها الجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العماره أو لرجائه اصلاح القاضى كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجرها الحاكم لانه (لا تصح اجارة من له السكنى) وعلة بقوله (لانه غير مالك) وفي تقريره قولان أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أبيع له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعمر الدار والا عارة تملك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاص والآخرة ليس بمالك للعين والاجارة تنوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها اليها كماها فقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضى ان لا يصح اجارة المسئلة بغير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالأولى أن يقال لانه تلك المنافع لا يبدل فلم يملكها كما يبدل وهو الاجارة والملك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذي فيه له يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضا ليس له أن يؤجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع لا يبدل ونص الاستروشنى انه رأى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما تلك العماره المتولى أو القاضى ونقل عن الفقيه أبى جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يسترتم تجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤجر وان لم بشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه وهذا وان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعماره ولم يجبه القاضى من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدي الى أن تصرفه نقضا على الارض كرماد تفوه الريح وخطر الى انه يجبره القاضى بين أن يعمرها فاستوفى منفعتها او بين أن يردّها الى ورثة الواقف (قوله وما نهى من بناء الوقف وآله) وهو بالجر كالخشب والقص وقد يضم عطا على ما صرفة الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانه سدّام تتحقق الحاجة الى عماره ذلك القدرة لا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التمسك بالعماره ثابتا في الحال صرفة اليها والا حفظه حتى يتم ما بذلك وتحقق الحاجة فان المنه قد يكون فليلا لا يحل بالانتفاع

والنقص بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

وقوله (ولا يجوز على قياس قول محمد) بناء على ان التسليم الى المتولى شرط عنده ولم يوجد قال الصدوق الشهيد والقنوي على قول أبي يوسف ترجيحاً للناس في الوقف وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والخيرة والتممة وقنوي قاضيان وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته حاز لامهات أولاده أولى وانما الأشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشترطه (٥٦) لامهات أولاده في حياته غزلة اشتراطه لنفسه ولكن يجوز ذلك استصحاباً للعرف

(ولا يجوز ان يقسمه) يعنى النقص (بين مستحقى الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للوقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جاز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازى وبه قال الشافعى وقيل ان الاختلاف بينهما على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء - واه - ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أولاده ومديره ماداموا أحياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح لان اشتراطهم في حياته كاشتراطه لنفسه

بالوقف ولا يقصر به من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذرت اعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف عنه في ذلك اقامة للبدل لمقام المبدل ولا يشتمل بين مستحقى الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها با حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه ووقف الواقف أما فيما اشترط المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته وقفاً خلافاً والمختار أنه لا يكون وقفاً للقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) فهو ان فصلان ذكرهما القدوري (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جاز عند أبي يوسف) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهرى ومن أصحاب الشافعى ابن مريج (ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال الرازى) وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى وانما نسب الى الرازى لأنه كان على مذهب الكوفيين ورأى - م - وهو من أصحاب يوسف بن خالد السمعى البصرى ويوسف ه - ذا من أصحاب أبي حنيفة وقيل ان هذا لا أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والخيرة وغيرهما الرازى وفي المغرب هو منحرف بل هو الرازى بن شديد الراى المهمة لانه من البصرة لامن الرازى نسبة الى الرازى وهكذا صحح في م - سند أبي حنيفة وغيره بقول محمد قال الشافعى ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعدده على الفقراء أو بعضها وبعدده للفقراء ثم (قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض) أى قبض المتولى فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا ليقطع حقه وما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسألة مبتدأة) غير مبنية وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافات ما اذا شرط الغلة لامهات أولاده ومديره ماداموا أحياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريان في ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات أولاده ومديره بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط

لانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لساير الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً بما عايناه بعد لوفاة وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح لان اشتراطهم في حياته أى اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جاز بدون واسطة عند أبي يوسف فكذلك يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة الى أمهات أولاده ومديره وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذى قدمناه أى بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدق المنفذة فإنه لا يجوز ان يسلم قدراً من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطف على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كأن ما نعا من الجواز الى الكل فكذلك اذا جعل بعض الغلة لنفسه

قال المصنف (وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخ) أقول في هذا البناء نوع تأمل ظاهراً لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الخبازى قال المصنف وقد قيل هو على الاختلاف أيضاً وهو الصحيح) أقول مخالف لرواية الكتب المذكورة (قوله لان اشتراطهم في حياته) أقول ذكر الضمير في قوله لهم تغليباً للذكور على الإناث والمحيط

وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطر بن الذي قدمناه فاشترطه البعض أو السكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يبي يوسف ماروي أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الا كل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرينة على ما بيناه فاذا شرط البعض أو السكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملكا لنفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القرينة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

وقوله (ولا يبي يوسف ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبدا بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك والى قوله ولا يبي يوسف أن المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرينة

قال المصنف (وجه قول محمد رحمه الله تعالى عليه ان الوقف تبرع على وجه التملك) أقول فيه نوع مخالفته لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ولما قاله الشارحون من أن في الوقف اباحة المنفعة لانتفاعه كما سبق في الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير العلة

والحيط والخيرة والتمتع وفتاوى قاضيان فان السكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولا مهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولم يدبره كشرطه لنفسه بأن حرتهم ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبع لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم مال الوقف على عبيده ولما لم يجز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التملك) للغة أو السكني (فاشترط البعض أو السكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة) بأن تصدق على فقير عال وسلم اليه على أن يكون بعضه لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملوكا على هذا التقدير الامور اه ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بيتا (ولا يبي يوسف ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط) فان الاجماع على أن الواقف اذا لم يشترط لنفسه الاكل منها لا يحل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور به هذا اللفظ لم يعرف الا أن في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال ألم تر أن حجر المديري أخبرني قال ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم يأكل كل منها الا المعروف غير المتكر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو السكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه جعل ملكا لنفسه لنفسه) كذا قرره المصنف وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ينبغي أن يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لالي مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجهه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقرينة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لاينا في ذلك (كما اذا بنى خانا وشرط أن ينزله أو سقاية وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها) قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة (روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروي ابن ماجه من حديث المقدم بن معديكر بن عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو صدقة وأخرجه النسائي عن بريدة عن مجير بلفظ ما أنفق نفسه فهو صدقة الحديث وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل كسب مالا حلالا فاطمه نفسه أو كسها فبن دونه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الا أنه قال فانه زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجه وأخرج الحاكم أيضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وفق به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لحمد بن المنكدر ما معنى وفي به عرضه قال أن يعطى الشاعروذا اللسان المتقي وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبراني عن أبي امامة عنه عليه الصلاة

ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد والوقف جائز والشرط باطل

والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهل بيته فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال رجل أبدأ بنفسك فقصدت عليهما فان فضل شيء فلا هلك الحديث فقد ترجع قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضاً نفقته بقوله ترجع بالناس في الوقف واختاره مشايخنا وكذا ظاهر الهداية حيث أخرج وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته وكذا اذا قال اذا حدثت على الموت وعلى ديني سيداً من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلي سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاص اذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف بخلاف غلته فباعها وقبض منها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضاً معيناً كالنصف والربع وكذلك اذا قال اذا حدثت على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلاً سهم يجعل في الحج عنه أو في كذا زارة أعيانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهماً لتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبيله (قوله ولو شرط أن يستبدل به أرضاً أخرى) تكون وقفاً مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهلال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على أن أبيعها أو أشتري بثمن أخرى مكاناً وقال بمحمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانياً لانتهاء الشرط مرة الأولى أن يذكر عبارة تنفيده له ذلك دائماً وكذا ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له بذلك وعلى وزان هذا ولو شرط لنفسه ان ينقص من المعاليمة اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمة الأول أن يجعله له واذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانياً الا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم بشرطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه لان افادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه ملكاً له ولو قيد بشرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضيان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لان هذا الشرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من أرض الى أرض فان أرض الوقف اذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة بضمن قيمتها ويشترى بها أرضاً أخرى فتكون وقفاً مكانها وكذا أرض الوقف اذا قل زلها بحيث لا تحتل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بأرض أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعه الا بالذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه أنظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطاً فاسداً هو اشتراط عدم حكمه وهو التأييد بل هو تأييد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا نقول حكم ذلك على وجهه ينفذ فيه شرطه الذي شرط في أصل الوقف اذا لم يخالف أمر الشارع وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الأئمة كرم مثله ثم قال ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد ان كان يفتي به لا يوجب اتباعه مع قيام وجهه غيره ولو أريد تجوز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان أحسن للوقف كان حسناً والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسئله الكتاب أولاً عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليه به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضيان وان كان لا يملك بل اتفق انه يمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتقاه فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولانه

ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك جائز عند أبي يوسف كما هو مذهب في التوسع في الوقف وعند محمد والوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأييد في أصل الوقف فيتم الوقف بشرطه ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيكون باطلاً في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

لا موجب لنجوز له لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا إذا لم يجب الزيادة فيه بل ببقية كما كان ولعل محل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل إلا في رواية عن أبي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور عنه المعروف لا بمجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي أن لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضيان أجعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف وبذلك الاستبدال إما بالشرط أشار في السير إلى أنه لا يمكنه إلا باذن القاضي ولا ينبغي أن محل الإجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه إذا شرطه له وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في أصل الاستبدال والأفهم قد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الانصاري ما إذا لم بشرطه لنفسه ثم إذا اشترى البديل للوقف صار وقفاً ولا يتوقف وقفه على أن يبقه بلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصي بالاستبدال لمن يوصي إليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيه بأقليل أو كثير أو على أن أبيه وأشترى بثمن أعبد أنص هلال على فساد الوقف كأنه قال على أن أبطلها ولو انقصر على قوله على أن أبيه وأشترى بثمن أرضاً جاز استحساناً وإذا قال على أن استبدل أرضاً أخرى ليس له أن يجعل البديل داراً وكذا على العكس ولو قال بأرض من البصرة ليس له أن يستبدل من غيرها إلا ما كان قد تختلف في جودة الأرض وينبغي أن كانت أحسن أن لا يجوز لانه خلاف إلى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذ كر شيئاً استبدل ما شاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغير فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا الواسع تمسكه أمال الوضائع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضاً مما لا يكون وقفاً فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحته الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أمال القبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقاً ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك البيع بالانص أو بأرض تكون وقفاً مكانها وإذا باع الوقف ثم عاد إليه بما هو فسخ من كل وجه كأنه أن يبيعها ثانياً وإن عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لأنها صارت وقفاً كأنه اشترى غيرها إلا أن يكون عملاً لنفسه الاستبدال ولو ردت بغير قبض أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وفقاً وكذا إذا قال المشتري قبل القبض أو بعده فله أن يصنع بالآخرى ما شاء ولو استحققت الأولى في القياس تبقى الثانية وفقاً وفي الاستحسان لأن الثانية كانت وقفاً بالأول وبالاتفاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وفقاً ولو شرط لنفسه أن يستبدل فوكل به جاز ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لأن في الوكالة وهو وحى لو تمكن خله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدل ما عاقد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد به الواقف جاز لانه هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضياً بلدين كل قضا كان لكل أن يتصرف وحده ولو أن أحدهذين القاضيين أراد أن يعزل الذي أقامه القاضي الآخر قال إذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والأفلا (قوله ولو شرط) أي الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقفت دارى هذه على كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ما ذكرنا) يريد الأصل المختلف فيه أعنى شرط التسليم فإن محمد الما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك أن شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض وأما أبو يوسف فلما لم بشرط تمام قبض متول ابتهنى عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبي يوسف أن الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد

ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والخيار عند أبي يوسف بناء على التوسعة كما مر وعند محمد الوقف باطل وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضاً (قوله وهذا) أي الخلاف (بناء على ما ذكرناه) إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف فإنه لما جاز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حياً فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروى النظر فيه وعند محمد لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه أيضاً وهذا البناء صريح في المبسوط ثم لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزاً باطل الخيار بعد ذلك لأن الوقف لا يجوز إلا مبدءاً وشرط الخيار يمنع التايد فكان شرط الخيار شرطاً فاسداً في نفس العقد فكان المفسد قويا

(قوله فإنه لما جاز أن يستثنى إلى قوله أيضاً) أقول وفي الملازمة الأولى نوع تأمل

(قوله وأما فصل الولاية فقد (٦٠) نص فيه) أي فقد نص القدرى في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضاً وهو ظاهر المذهب وذكروا هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وإن لم يشترط لم تكن له ولاية مشايخنا لا يشبهه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه

السمي لأن الوقف كالاعتاق في أنه إزالة الملك إلى مالك ولو أعتق على أنه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا وإذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالأكرام على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فإن القبض ليس شرطاً فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق فإن القبض فيه ليس شرطاً والحاصل أنه إن تم له شرط التسليم في أصل الوقف تم له هذا وقد منّا فيه وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيداً بل أن يكون معلوماً حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال إن بين الخيار وقناجاز الوقف والشرط وإن لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم إذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلا يبطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لأن الوقف لا يجوز إلا بالموثوق والخيار يمنع التأيد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فإن الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده إذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لا يمنع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العدة فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز ذكره في فتاوى قاضيان ولا يبطل الوقف بالشرط الفاسد ولهذا الوقف أرضاً على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيان أيضاً قال الفقيه أبو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى أرضاً فوقفها ثم أطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له أن يصنع به ما شاء (فروع) اشترى أرضاً على أنه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صرح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفاً ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا الوقف الموصى له بها قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا الوقف في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي القدرى (على قول أبي يوسف) حيث قال أو جعل الولاية إليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضاً) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذكروا هلال في وقفه) فقال (وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا لا يشبهه أن يكون قول محمد لأن من أصله) أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه) فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وإن شرطها لنفسه لأنه يناقض هذا الشرط أحجب بوجهين أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها إلى المتولى فإن الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضيان ذكر محمد في السير أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم إلى أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالتسليم إلى

بقوله وإذا جعل الواقف إلى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضاً وهو ظاهر المذهب وذكروا هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وإن لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف لأنه الولاية شرط أو سكت ولا على قول محمد لأن التسليم إلى المتولى شرط لصحة الوقف فكيف يصح أن يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم إلى المتولى فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا لا يشبهه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم الخ ومعناه إذا سلم إلى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه إلى المتولى والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيان وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالتسليم إلى

المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه

ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهة بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بممارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غيره مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كماله أن يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل

فصل

ضروره سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجددت في موضع بخط ثقة وقد منافرا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدلل المصنف على قول أبى يوسف الذى جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهة بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم بولي فيه من شاء من يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلو الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذى يتولى حقوق الله تعالى وهو يخرج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله (ولانه أقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلا على ذلك فان القاضى ليس أقرب منه اليه والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضى لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعة الواقف بصرفه الى الجهات التى عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينصب وليا وقوله (كمن اتخذ مسجدا كان أولى بممارته ونصب المؤذن وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلا هل الحلالة وليس الباقى أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف الباقى أحق بنصبه مامن غيره كالعامة قال أبو الليث وبه نأخذ الآن يريد اما مأمونا والقوم يريدون الاصل فلهم أن يفعله ذلك كذا فى النوازل (ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غيره مأمون على الوقف فللقاضى أن يخرجها نظرا للفقراء كماله أن يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا لو شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجها عنه ويوليها غيره) لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضى خان لوجعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فأوصى احدهما الى صاحبه فى أمر الوقف ومات جاز تصرف الحى فى جميع الوقف وعن أبى حنيفة لا يجوز لانه اعترض برأيهم وفيها الوجه أن أرضه وقف فافترض مرض الموت فجعل رجلا وصى نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصى ولو قال أنت وصى فى أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصى فى الاشياء كلها

فصل لما اختلفت المسجدا بحكم مخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبى حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعا عند أبى يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولى عند محمد أفرد به فصل على حديثه وآخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا شرافا فسادا وبقضائها وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد فى كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضا شرافا فسادا وبناها بناء المسجد جاز عند أبى حنيفة وصلى الله عنه وعليه قيمتها للبائع وقول أبى يوسف ومحمد يتقضى البناء وترد الارض الى البائع بفساد البيع قال فاشترط البناء له دليل على أن لا يكون مسجد اقبل البناء عند الكل وذكر هلال انه يصير مسجدا فى قول

وقوله (ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهة) استدلال لأبى يوسف وعبر عنه بقوله ولنا إشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

فصل أحكام المسجد عما قبله فى فصل على حدة الخلفه أحكامه لما قبله فى عدم اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ومنع الشيوخ عند أبى يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند أبى حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقف فكأنه قال حبست العين على ملكي وتصدق بالغة ولو صرح بذلك لا يصح مالم يوص به لان التصديق بالغة المعدومة لا يصح فاذا أوصى به أو أضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته

فصل

وإذا بنى مسجد الميرل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وبأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه (أما إذا فرز فلأنه لا يختص الله تعالى بالبه وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشتري تسليم نوحه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما أعذر القبض فقام بتحقيق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً) لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق

وأما إذا قال جعلت أرضي مسجد أفليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فلأنه قاله الله تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله (وعن محمد أنه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضاً ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة جهرية بأذن وإقامة حتى لو صلى جماعة بغير أذن وإقامة سراً لا يصير مسجداً عند أبي حنيفة ومحمد فإن أذن رجل واحد وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن صلاته على هذا الوصف كالجماعة

وإذا بنى مسجداً .

أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أبصار وايتان والفرق على أحدهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى وله إذا قالوا واشترى دار الهاشمية فجعلها مسجداً كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله وإذا بنى مسجد الميرل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه وبأذن للناس في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول إلا بصلاة جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجداً أما قوله ما فلان الملك لم يزول بمجرد القول فمضى محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لأن تعيينه لتحقيق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعتة إليه غير أن المتولى بيقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في إقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة متعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك إذ ليس له غلة يستحقها الناس فافهم حصول المقصود بمقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك الصلاة المنفرد لأن قبض الجنس متعذراً كفي بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا الوصل الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفي لأن الصلاة إنما تشتري لأجل القبض العامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذلك الصلاة بوجهه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فإنها تحقق في غير المسجد فكان تحقيق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها بأذن وإقامة عندهما ولو جعل له واحد مؤذناً وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا بأكبره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى بقيد أنه لو سلمه إلى متول جعله له صح وإن لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه العصاة لأن التسليم إلى المتولى أيضاً يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه وجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا يبنى عنه والصدقة ليس معناها إلا التصديق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف يبنى عن الإبقاء في الملك لتصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لا خراجة عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه ليس منبئاً عن إبقاء الملك ليجتاز إلى القضاء بزاله فإذا أذن في الصلاة فيه فصل إلى كذا كرنا فمضى العرف في ذلك بخبر وجهه عنه ومقتضى هذا أمر أن أحدهما أنه لا يحتاج في جعله مسجداً إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قرية فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول إن العرف جار بأن الأذن في الصلاة على وجه العموم والخصية بيقيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاماً إلى ضيفه أو نثر ثياباً كان أذناً في أكله والنقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد الخصية والأذن بالاستغلال ولو جرت به عادة في العرف

وقوله (وقد بيناه من قبل) إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سرداب وهو بيت (٢٣) يتخذ تحت الأرض للتبريد وقوله

(قوله أن يبيعه) أي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لأن المسجد ما يكون خالصا لغير الله تعالى قال تعالى وإن المساجد لله أضاف المساجد إلى ذاته مع أن جميع الأماكن له فاقضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز في الوجهين) يعني فيما إذا كان تحت سرداب أو فوقه بيت وعن محمد أنه أجاز ذلك كله أي ما تحت سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكاكين وأغاذ كقول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين منهما في الحكم سواء لثبته ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولأنه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد وقوله لما قلنا يعني من الضرورة قال (وكذلك أن اتخذ وسط داره مسجدا) وسط بالسكون لأنه اسم مبهم لدخل ضمن الدار لأشياء معينة بين طرفي الصحن وكلامه واضح وقوله (ولأنه أبقى الطريق لنفسه) فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم صار مسجدا

وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحت سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفلى مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد ما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو وعن محمد على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعدى تعظيمه وعن أبي يوسف أنه يجوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد أنه حين دخل رأى أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك أن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محظا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف أنه يصير مسجدا لأنه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الجارة من غير ذكر

اكتفينا بذلك كسئلنا والثاني أنه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول أذن في الصلاة أو لم يأذن ويصير مسجدا بلا حكم لأنه إسقاط كالاتفاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف أن كل من نجر القول والأذن كما قال موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا ما ذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجدا تحت سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (وله يبيعه ويورث عنه إذا مات) ولو عزل بابه إلى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقا به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وإن المساجد لله مع العلم بأن كل شيء له فكان فائدة هذه الإضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكر أما إذا كان السفلى مسجدا فإن لأصاحب العلو حق في السفلى حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتدفعه وتداعى قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء إلا بأذن صاحب العلو وأما إذا كان العلو مسجدا فلا أن أرض العلو ملك لأصاحب السفلى بخلاف ما إذا كان السرداب أو العلو موقفا لصاحب المسجد فإنه يجوز أن لا ملك فيه لاحد بل هو من تميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة أنه إذا جعل السفلى مسجدا دون العلو جاز لأنه يتأبد بخلاف العلو وهذا تعديل للحكم بوجود الشرط فإن التأبد بشرط وهو مع المقتضى وإنما ثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لأن المسجد معظم وهو تعديل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف أنه يجوز ذلك في الأولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الأماكن) كذا (عن محمد لما دخل الري) وهذا تعديل صحيح لأنه تعاميل بالضرورة (وكذلك أن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس فيه) إذا عاملا (له) أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ليس لاحد حق المنع منه وإذا كان ملكه محظا بجوانبه (الاربع) كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن كل من أبي حنيفة ومحمد أنه يصير مسجدا لأنه لما رضى أن يكون مسجدا ولم يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم صار مسجدا

(قوله وقوله وقد بيناه من قبل إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف الخ) أقول وفيه بحث بل هو إشارة إلى قوله وإذا كان الملك يزول بالقول عند أبي يوسف الخ

(قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجد عند أبي يوسف) الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بناء فان ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء واذا ترك الناس (٦٤) الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً وحكي ان محمد امر بخرابه عزلة فقال

هذا مسجد أبي يوسف يريد به انه لما يقبل بعوده الى ملك الباني يصير من بلة عند تطاول المدة ومروا أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكا فربما يجتمع له المالكا اصطبل بعد ان كان مسجدافكل واحد منهم استبعد مذهب صاحبه لما أشار اليه استدل أبو يوسف بأنه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن ان يكون موضعاً للطاعة والقربة خالصاته تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصر وقال في قرية بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه أو ملك وارنه وصار كخشيش المسجد وحصره اذا استغنى عنه الآن ابا يوسف يقول في الحصر والخشيش ينقل الى مسجد آخر

قال المصنف (ولو خرب ماحول المسجد واستغنى

قال (ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصاته وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجوع الى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني أو الى وارنه بعد موته لانه عينه لتو ع قربة وقد انقطعت فصار كحصر المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا أن ابا يوسف يقول في الحصر والخشيش انه ينقل الى مسجد آخر

وصار دخلاً بلاذ كركايد دخل في الاجابة بلاذ كر (قوله ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد حكمته بشرطه وفي فتاوى قاضيان رجل له ساحة لابناءه فيها امر قوم أن يصرفوها بجماعة قالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبداً أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذ كر الا بانه أراد الابد ثم مات لا يكون ميراثاً عنه وان أمرهم بالصلاة شهراً أو سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التأييد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا أن لا يصير مسجداً فيما اذا أطلق الا اذا عترفت الورثة بأنه أراد الابد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عايمهم بمن ارثهم بما ثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كره افسلو كان طريقاً للعامه أدخل بعضه بشرط أن لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجداً أو يجعل شيء من المسجد طريقاً للعامه اه يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجداً وكذا على القلب ويحولوا الباب أو يحد ثواله باباً آخر ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك ولههم أن يهدموه ويحدوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يشمل غير المتولى الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضى جعل المسجد درجة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبنى حوانيت في المسجد أو في فناءه لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد سكنات سقط حرمة المسجد وأما القنافة لانه تسع للمسجد (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بان كان في قرية تخربت وحولت مزارع يبقى مسجد على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفه اذا خربت يباع نقضها ويصرف عنها الى وقف آخر لما روي أن عمر كتب الى أبي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالنصارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعود الى ملك الواقف) ان كان حياً (والى ورثته) ان كان ميتاً وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه (عينه) لقرية وقد انقطعت فينقطع هو أيضاً وصار كحصر المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه (وقد بدله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتاً فاقرسه سبع عاد الكفن الى ملك ما ملكه

عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف الى قوله وعند محمد يعود الى ملك الباني) أقول قال الكاكي حكي أن محمد امر عزلة فقال هذا مسجد أبي يوسف أو أبو يوسف مر باصطبل فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك الواقف ربما يجعله اصطبل لا يعود الزمان انتهى في توجه طعن أبي يوسف تأمل فان الاستبعاد في بقاءه مسجد على تلك الحال كما في المزبلة على قول أبي يوسف وليس الاصطبل كذلك عند محمد فانه خرج عن أن يكون مسجداً فسقط ملكه في ذلك المقدار من الزمان

وكهـدى الاحصار اذا زال الاحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهـديه ماشاء واستدل أبو يوسف
 وجهه ورأى العلماء بالكعبة فإن الاجماع على عدم خروج موضعها عن السجدة والقربة إلا أن لقائل
 أن يقول القربة التي عرفت له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان
 كان لا يصح منهم الكفرهم على أن الايمان لم ينقطع من الدنيا رأسا فقد كان لكل قس بن ساعدة أمثال
 فالوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملاك فيه لا يعود كالمعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا
 الاسباب بوجوب تحدد الملك فمالم يتحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدى الاحصار فليس بلازم لانه
 لم ير ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى
 المستعير فيعود الى المعير وأما الحصر والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود الى ملك
 متخذ بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولأنه ما جعله مسجداً أصلي فيه أهل تلك المحلة
 لا غير بل يصلى فيه العامة مطلقاً أهل تلك المحلة وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيد
 لانه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث
 المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعـ له حيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن
 يركب يباع ويصرف غنمه الى صاحبه أو ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمانه فرس آخر
 يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاة ومغتسل ووقفاً في محلة ومات أهلها كانهم
 لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبوارى أنها
 لا تعود الى الورثة موهكاً نقل عن الشيخ الامام الخوافي في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه
 لتفرق الناس عنه انه يصرف أو قافه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين
 أبي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخرب المحلة والقربة وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف
 وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقص الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافاً
 لأبي يوسف وكذا حاثوث في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ البتة يخرج عن
 الوقفية وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطعة وكذا الرباط
 اذا خرب يبطل الوقف وبصـير ميراثاً ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناء الباني وأصل الوقف لورثة
 الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فلي تأمل عند الفتوى غير واقع موقعه
 وفي الفتاوى انظهيرية سئل الخوافي عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعدت راسه تغللاً لها هل لتولى بيعها
 ويشترى بثمان أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين
 فللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمانه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف
 وورثته بمجرد تعطله وخرابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمانه وقف آخر يستغل ولو كانت
 غلته دون غلة الاول وكذا للتولى أن يبيع من تراب مسجلة اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضيخان
 وقف على مسجين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر
 بشئ قليل يبقى أصله وقفاً انتهى ويجب حفظ هذا فإنه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل
 نقضها استأجر أرضها من بينى أو يغرس ولو بقليل فيعقل عن ذلك وتباع كلها الواقف مع أنه لا يرجع
 منها اليه إلا النقص فان قلت على هذا تكون مشكلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه
 بحيث تستأجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهم قد اتخذوا هذه فان المراد
 وقف يكون لاستغلال الجماعة المسكين ولو انهم قد سددوا بعض بناء الدار وليس ثم ما عاده يباع ويحفظ
 غنمه في يد القائم بأمر الواقف الى أن يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا يبس بعض أشجار
 الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئاً من غن النقص ولان

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله إذا التمس عليه ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد إذا استق الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لرفع الجفنس كما وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنيوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمه لأنه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليمه لأنه يحتاج إلى من يكسسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح وإن كان بخلاف العادة ولو جعل داره

وقوله (ومن بنى سقاية أو خاناً) ظاهر وقوله (بخلاف المسجد) يعني أن حكم الحاكم والإضافة إلى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعني أن التسليم يحصل بالاستملاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (في هذه الوجوه) أي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (ويكتفى بالواحد) ظاهر

عنه بوجه من الوجوه لأنه لا حق لهم فيما سوى الغلبة بل الحال أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً أو اجارة الأرض بشئ ولو قليلاً فعل وحفظه لما رزما بقي ولو خرب الكل وتعذر أن يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع إلى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه إلى متولى (لأنه لم ينقطع حقه عنه ألا ترى أنه ينتفع به) في الحال (فله أن يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما في الوقف على الفقراء) بل أولى لأن الثابت في كل منه ما لفظ بنى عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقف وتصدق وفي هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعاً بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله وقوله قول الأئمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول (حتى يستق الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لأن التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرناه) من سكنها الخان والرباط إلى آخره (ويكتفى بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لأنه يرفع الجفنس) أي تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) إذا احتقره (والحوض) يزول الملك إذا استق منه ما واحد أو شرب دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طريقاً يشترط فيه مرور واحد أو شرب دابة على قول من يشترط القبض في الأوقاف وكذا القنطرة يتخذها المسلمون نزلهم مرور واحد ولا يكون بناؤها لهم إلا ما (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه) أعني السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لأنه) أعني المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أي تسليمه (كفعلهم) أي تسليمهم (وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمه وقيل لا يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة (بأنه) أي المسجد (يحتاج إلى من يكسسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم) لأنه متولى له عرفاً واختلاف في المقبرة قيل كالسجد على القول بأنه لا يكتفى في إزالة الملك عنه التسليم إلى متولى (لأنه لا متولى له) فلا يزول الملك إلا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم إلى المتولى) (قوله ولو جعل داره

عكة سكنى الحاج بيت الله والمعتبرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للساكين أو جعلها في نجر من النجور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الآن في الغلة تحمل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول والغنى لا يحتاج إلى صرف هذا الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

عكة سكنى الحاج والمعتبرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للساكين أو جعلها في نجر من النجور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أى في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عنه هذه الخرج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع إلى المتولى كقول أبي يوسف وعند أبي حنيفة له أن يرجع مالم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه أنه إذا رجع بعد الدفن لا يرجع إلى المحل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم إذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينقبها لأن النقب حرام ولكن يسوى الأرض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والنتوى في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضى الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتنفارق المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لأن موضعها لم يدخل في الوقف لأنه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فإن الأشجار والبناء إذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعاً ولو بنيت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وإن لم يعلم فالرأى فيها للقاضي إن رأى بيعها وصرف عنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحكم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الأرض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالأشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلاً غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد أو في أرض موقوفة على رباط مثلاً فهي للوقف إن قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهي له يرفعها لأنه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارساً للوقف ولو غرس في طريق العامة أو على شط النهر العام أو وسط الحوض القديم فهي للغارس لأنه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فبنت من عروقها أشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتاً لحفظ اللبن ونحوه إن كان في الأرض سعة جاز وإن لم يرض بذلك أهل القرية لكن إذا احتج إلى ذلك المكان يرفع البناء لمقبرته ومن حفر لنفسه قبراً لمغيره أن يقبر فيه وإن كان في الأرض سعة إلا أن الأولى أن لا يوحشه إن كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الأول إن كان في المكان سعة وذكر الناطقي أنه يضمن قيمة الحفر ليجتمع بين الحقين ولا يجوز لأهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فإن كان فيها حشيش يحش ويخرج إلى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فأن تحمل للفقراء دون الأغنياء منهم قال المصنف (والفارق) فيه (العرف) فإن الواقفين من (أهل العرف) يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول) لأن الغنى لا يقدّر على استعصاب ما يشربه في كل مكان ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناء بالفقراء لأن العرف على أن بناء الرابطة للفقراء وهذا فصلان في المتولى والموقوف عليه

الفصل الأول في المتولى قالوا لا يولى من طلب الولاية على الأوقاف كمن طلب القضاء لا يولد للمتولى أن يشتري بما فصل من غلة الوقف إذا لم يحتج إلى العماره مستغلاً ولا يكون وقفاً في الصحيح حتى

وقوله (سكنى الحاج بيت الله تعالى) الحاج اسم جمع بمعنى الحاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سامر تهجرون والنجور موضع الخافة من فروج البلدان ويقال رباط الجيش أقام في النجر بازاء العدو ومراطة ورباطا والله سبحانه وتعالى أعلم

جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصباً أو باذن المتولي بالأجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معدداً للاستغلال أو غير معدله حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجرة مثله وللتولي أن يستأجر من يتخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغابن فيها فان كان أكثر فلا جارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير أن ما أخذه من مال الوقف لا يحل له وله أن ينهق من ماله على حاجة الوقف ولو أدخل جنداً من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي اذا أنفق على الصغير وله أن يشتري من غلة المسجد دهنًا وحصيراً وأجراً وحصلاً وفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ماعل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله أمر لا بد منه فبمستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة الوقف وكذا كرا التاطني وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف وبزره بأمر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصيح بأمره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة أن لا يكون في يده شيء فبمستدين ويرجع أما اذا كان في يده مال الوقف فاشتري ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشتري ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها المرتها من ضمن أجرة المثل ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامناً للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبني على باب المسجد ظله لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح والاصح ما قاله نطهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والخصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفاً ولم يجعل له متولياً حتى حضرته الوفاة فأوصى الى رجل قالوا يكون وصياً وفيما هذا في قول أبي يوسف لان التسليم ليس بشرط فصيح الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قوماً ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قوماً في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قوماً بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ في هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القسيم الى القاضي ~~لكن~~ لا يضمن ما أنفق في العماره من غلاته اذا كان أجراً للوقف وأخذ الغلة فأنفق لانه اذا لم تصح ولايته فانه غاصب والغاصب اذا أجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضيخان وأنت تعلم أن المفتي به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على أرباب معلومين فان لهم أن ينصبوا متولياً من أهل الصلاح لكن قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا لهم وليس للشرف أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفة الحفظ لا غيره وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف وللتولي أن يفوض الى غيره عند موته كالوصي له أن يوصي الى غيره الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي ما لا يسمى لم يكن ذلك لمن أوصى اليه بل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله اي فرض له أجر مثله الا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي أن يجعل للذي أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لان الواقف في هذا مال ليس للحاكم وكذا اذا أخذ المتولي من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث هذه احداها والثانية اذا أودع السلطان الغنime عند بعض الغائبين ومات ولم يبين عنده من أودع والثالثة

القاضي اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه أمواله كان القاضي
أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد بنه يضمن ولو قال قبل موته ضاع
مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أموالا مات قبل أن يقول ضمن وكذا الوبايع
المتولى دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فإنه يكون دينيا في تركه والناس أن يأخذوا المتولى بتسوية
حائط الوقف اذا مال الى أملا كهم فإن لم تكن له غلة يرفع الى القاضي أياما بالاستدانة لاصلاحها وله أن
يبني قرية في أرض الوقف لادارة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الأرض
متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها أصح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اراض
ما فضل من مال الوقف قال ان كان آخر الغلة أرجو أن يكون واسعا ولا يؤثر الوقف اجارة طوبى وأكثر
ما يجوز ثلث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت أصح للوقف ولوزرع الواقف أو المتولى أرض الوقف
وقال زرعتها بنفسه وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتمولى في هذا نقصان الأرض
وليس عليهما أجر مثل الأرض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به بأمره
بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لأنفسنا
لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرج عنه إلا أن يكون غير مأمون ذكره هذا المسئلة
بقرعها في فتاوى قاضيجان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاص لان
دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علمه عاد اليه النظر وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان اليه
من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع
الى القاضي في النصب ولو أخرج حاكم قضايات أو عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بأن ذلك
القاضي أخرجه بلا حجة لا يدخله لان أمر الاول محمول على السداد وليكن يكلفه أن يقيم عنده بيعة انه
أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده وكذا أخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة أناب الى الله
وأقام بيعة انه صار أهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الامر والنهي
بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للعمال بأيديهم ولذا قلنا الوصي أو طرش أو خرس أو فلج ان كان بحيث
يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على
التقراء أن يعطى قوما مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصرونهم
وفي وقف الخصاص ان حكم القاضي أن لا يعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له أن يعطى غيره
ويجزمه لان في كل منهما انه في شرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بالشرط

حتى ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الموقوف عليه وقف على زيد ثم المالكين فرد زيد فهو للمالكين وكذا على زيد
وعمر فردا أحدهما أو ظهرانه كان ميتا فنصيبه للمالكين وكذا اذا رد جميعا ومن قبل بعد الرد لا يعود
ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أموالا قال لا قبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فإنه يجوز وحصة من
هذه السنة للباقي من أهل الوقف ثم يشار كهم فيما بعد ها ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يرد هابل بعدها
على ولده وقوله على ولد فلان أبدا ما تناسلوا فزده الموجودون صار للفقراء فإذا جاء من بعدهم رجع من
الفقراء اليهم إلا أن يردوه ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف
مال أو وصى بثلثة لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فردوا حصته لورثة الموصي وهذه مما اقرق فيه
الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرد فلان لم يعمل رده في رد مال ولده صغارا
كانوا أو كبارا وقف على ولده ثم للمساكين فلو ولد صلبه يستوى فيه الذكر والانثى إلا أن يخص صنفًا مادام
واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركة من دونه من البطون فان

كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه أخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم إذا ولد
للواقف ولد لصلبه يرجع من ابن الابن اليه ولو ضم الى الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم للمساكين
اشترك فيه الصليبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا اختاره هلال واينصاف وصححه في فتاوى قاضيخان
وأذكر الخصاص رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجد من يقوم برواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن
أبي حنيفة فمن أوصى بثلاثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكورا وإنثا لصلبه يوم يموت الموصي
كان بينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد لولد من أولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات
فكما أنهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الأئمة بينها وبين هذه بأن ولد الولد اسم
لمن ولده ولده و بنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنات لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول
ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد
البنات عند أصحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فعداختلفوا
في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الأئمة من صدق ولد الولد على ولد البنات صحح من حيث اللغة لكن
وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا وكذا ولد ابنه وكلام
الواقفين منصرف الى العرف فان مخاطبتهم به بخلاف ما إذا لم يصف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال
أولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذي كرم بخصوصه وإذا عرف الاختلاف
في دخول أولاد البنات في أولاد أولادى فيجب فيما لو قال على الذكور من أولادى وأولادى وأولادى ادخال
ابن البنات على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم إذا
انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدى وولد ولدى وولد ولدى صرفت الى أولاده أبا
ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء قراءا ما كان من نسله واحد ويستوى الأقرب والابعد الا أن يرتب الواقف
ولو قال أولادى بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذا كرات الطبقات الثلاث بلفظ ولدى ولو قال ولدى
وأولادهم وله أولاد أولاد مات أبائهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد
موت أولئك على أولادى فانما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادى وأولاد
أولادى لا موجب لقصره على الاولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادى
وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء مات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقيين من اخوته
بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف الكل للواحد اذا مات من سواء
ولو قال على بنى وله ذكرا انصرف اليهم ما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل
الجمع اثنان فانما جعل مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدى وليس
في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء غير أنه يشك بأولادى فانه يصرف للواحد
الكل الا أن يكون عرف في أولادى يخالف كل جمع لمادة غيره كبنى والمحتاجين ونحو مما هو جمع غير
لفظ أولادى ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لو أحياه أبو يوسف
لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنعه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات
في قوله بنى واختاره هلال وعن أبي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في
المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على
بنى تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا التماس يستقيم في بنى أب يحصون أما فيما لا يحصون فيصح ان يقال
هذه المرأة من بنى فلان انتهى يعنى فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له البنات صرفت الغلة للفقراء وعلى
بناتى لا تدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عاقل فى بطن أمه حتى لو حدث ولد
بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق لانا نتيقن بوجود

الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلومات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة أمالو
 جاءت أمته بولد لاقبل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه منهم في الاقرار على الغير أعني باقي المستحقين
 بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولومات الواقف من غير تحمل وقت يمكن فيه الرجوع الى
 أهله بخات بولد لستين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف
 بلا تحمل مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من حمل
 حدث وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع منته وما ذكره
 في فتاوى قاضيخان وهذا في الحب خاصة وفي وقف الخصاص يوم طلعت الثمرة وينبغي أن يعتبر وقت
 أمانه العامة كما في الحب لانه لا انعقاد بامن العامة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة
 أرض الوقف لمن يزرعها نفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار
 ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق
 هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على أصغر ولدي أو العميان منهم أو العور فان الوقف
 يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعبي يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على ساكني البصرة مثلا
 وبغداد يعتبر ساكني البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه
 لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقير وسكني البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من
 خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كالموقوف على الايام على أن من تزوجت سقط سهمها
 فتزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذ لم يبين الواقف
 حال حصته بعد موته يقسم على الباقيين فقد تنقض القسمة في كل سنة ويعطى الغني والفقير من الاولاد
 الا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم في ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يشتمل عند القاضي ولو تعارضت
 بيننا فقره وغناه حرم تفدع البينة غناه لانها أكثر ثباتا ومن ولد لاقبل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة
 لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها
 واستحق عند الخصاص لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للساكنين ومن
 افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل وفي وقف الخصاص رحمه الله لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى
 قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم
 استغنى فأعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعدهما وكذا
 لو خص عيمان أو ولاده ونحوه تعيينا واحتياج الذي يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض
 أو دار يستغلها وان لم تف غلته أبكها يته حتى يبيعها وينفق غنما أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار
 التي يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار يسكنها بل الاستغلال كالمسكن للموقوف عليهم
 السكنى الاستغلال واعلم انه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغني والفقير منهم الا أن يختص الفقراء كما ذكرنا
 وأما غيرهم قال شمس الأئمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصب على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أولا
 يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون
 فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة
 استعما لا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتمى فالوقوف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون
 أغنيائهم فأنبئني على هذه مالو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو
 على غيم أو بنى هاشم لا يجوز نفي من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا يميز في
 الاستعمال ونص الخصاص على ان الوقف على الزنى والعبيان والعور باطل من قبل أنه ينتظم الغنى
 والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراءة القرآن وعلى الفقهاء أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك

باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الأئمة أنه يصح على الزمى والعيان وفراء القرآن
والفقهاء وأهل الحديث وبصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعاعا لاسماء بالحاجة استعمالا لان الهى
والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر وقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق
الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك وهى ما اذا جعل
غلة أرضه وقفاً على الغزاة أنه يصح وبصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم
لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوازها على الزمى ويدفع لفقراءهم وصرح في
وقف الخصاص بصحة الوقف على أراملى بنى فلان وانه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كن
يحصين أو لا وهو لا يقرأه منهن اذا كانت بالغة فن أعطى منهن أجزأ أو الأرملة المستحقة كل بالغة كان لها
زوج وطلقها أو مات وخالفوا في الأباى فاذا وقف على أباى بنى فلان وبعدهن للمساكين أو أباى قرابى
ان كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة وأن كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والايام
المستحقة كل أنى جومعت ولو بقصور ولا زوج لها بالغة أو لا ولو قال على كل نيب من بنى فلان أو من
قرابى فان كن يحصين جازا لهن ولكل من يحدث منهن وان كن لا يحصين في وقت قسمة من القسم فهو
باطل والغلة للمساكين والنيب كل من جومعت ولو بقصور ولها زوج أو لا وان لم تبلغ ولا بكر قرابى
أو بنى فلان فان كن يحصين فهو لهن ولم يحدث أبدا وان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو
للمساكين والكر من لم يجامع وان كانت العذرة زائلة وفى كل ما لا يخصى عن ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف
لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومن أعطى أجزأ كالوقف على الأقارب ووقف على أهل بيته ثم المساكين
دخل الغنى والفقير من يناسبه الى الاب الذى أدرك الاسلام أسلم ذلك الاب أو لا من كان موجودا حال
الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لافل من ستة أشهر من محبى الغلة ولو كانوا
مروقين لقوم أو كفار أو ذميين ولا يدخل في ذلك الاب ويدخل أبو الواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد
الذكور منهم وان سفلا ولا تدخل أبناء البنات من ولده الا اذا كان أبائهم من يناسبه الى ذلك الجد الذى
أدرك الاسلام ولا يدخل الواقف ولا أولاد عماته ولا أولاد اخوانه اذا كان أبائهم من قوم آخرين وقوله
على آلى وجنسى كأهل بيتى ولا يخص الفقراء منهم الا إن خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر
منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف ولا تقيد من كان غنيا فافقر
على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه الى أقصى أب فى الاسلام من قبل أبيه أو الى أقصى أب له
فى الاسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه وفى دخول الجد روايتان وظاهر
الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والحالات والأجداد الاعلا والجدات ورحى
وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقراية وعلى عمالى يدخل كل من كان فى عماله من الزوج والولد والجدات
ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم واذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتى فاذا انقرضوا فعلى
قرابى فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه ولو عكس فقال على قرابى فاذا انقرضوا فعلى
أهل بيتى لم يصح ومثله لو قال على اخوتى فاذا انقرضوا فعلى اخوتى لابی وله اخوة متفقون إذ بعد انقراض
الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانهم يجوز ثمهم عند أبى حنيفة رضى الله عنه
الملاصتون فهو لجميع من فى كل دار لاصقة منهم من الاسرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت
البواب أو بعدت وعند أبى يوسف هم الذين تجتمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فان جمعهم محلة واحدة
وتفرقوا فى مسجدين فهى محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدوا كان مسجد
عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد بن الملائقون السكان سواء كانوا مالكيين
لداراً ولا وسياً أى بقية هذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقا ومن انتقل من الجوار على الخلاف فى
الجوار بطل حقه من الوقف

﴿ كتاب البيوع ﴾

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لأن كلاهما من مزيل للملك والبيع في اللغة تعليق المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحاً يقال باع الشيء اذا شراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولا شتماله على الانواع الا في ذكرها جعوه وجوازها ثابت بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع والسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقر رهم على ذلك والتقرر بأحد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره أحد من الملبين وغيرهم وبالمعقول وهو سلب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول أو ما دل على ذلك وشرطه من (٧٣) جهة العاقرين العقد والتميز ومن جهة

الحمل كونه مالا متقوماً

مقدور التسليم وحكمه افادة

الملك وهو الفسدة على

التصرف في المحل شرعاً فلا

يشكل بتصرف المشتري

في المبيع قبيل القبض

بالبيع فانه ممتنع مع كونه

ملكاً لان ذلك التصرف ليس

بشرعي مطلقاً انتهى النبي

صلى الله عليه وسلم عن بيع

مالم يقبض هذا هو المتصور

من شرعية البيع وقد

يترتب عليه غيره كوجوب

الاستبراء وثبوت الشفعة

وعتق القريب وملك المنفعة

في الجارية والخيارات

بطريق الضمن وأنواعه

باعتبار المبيع أربعة بيع

السلع بمثلها ويسمى مقايضة

وبيعها بالدين أعني الثمن

وبيع الثمن بالثمن كبيع

النقدين ويسمى الصرف

وبيع الدين بالدين ويسمى

سماً وباعتبار الثمن كذلك

المساومة وهي التي لا تلتفت

﴿ كتاب البيوع ﴾

﴿ كتاب البيوع ﴾

عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خاصة وحقوق العباد خاصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمع فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخاصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ووقع في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعني البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكر ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من الاقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقدر ابداه المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقدر ابداه المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سماً وهو بيع الدين بالدين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجزاً أو مؤجل الثمن ومراجحة وتولية ووضعاً وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا أخرج العين عن ملكه اليه وباعه أى اشتراه ويتعدى بنفسه بالحرف باع زيد الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال نحر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اه والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضي وان اخذ غصباً واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبه بالصدق وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقر رهم عليه والاجماع منعده عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بآبائه بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذر يته ثم تنظيفه وطحنه بيده وبجذبه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك وفي الكتابان والصوف للبسوه وبناء ما ينظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى أن يشتري شيئاً

الى الثمن السابق والمراجحة والتولية والوضعية وسيأتى تفسيرها

(١٠ - فتح القدير خامس)

﴿ كتاب البيوع ﴾

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجعه (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه مالا متقوماً) أقول تقوم شرط البيع الصحيح واللام فيما يبيع الفاسد أيضاً (قوله بيع السلع الخ) أقول المراد بالسلعة ما يتجر به مطلقاً عوضاً وعقاراً لا ما يقابل العقار فلا يختل الحصر وسيجيء في هذا الكتاب بعدد ورقتين تعمم السلع للدور والعبدة والنبات

قال (البيع ينقذ بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشترى لان البيع انشاء تصرف

قال رحمه الله (البيع ينقذ بالايجاب والقبول) الانعقاد ههنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا وحينئذ لا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا وشرطه أن يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل أن يقول الموجب بعث والمجيب اشترى لان البيع انشاء تصرف شرعي

قال المصنف (البيع ينقذ بالايجاب والقبول الخ) أقول يجي من المصنف في آخر باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ان حدد البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي

وينتدئ من اوله شيء فلو لم يشرع البيع سببا للتملك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصير حتى يموت وفي كل منها ما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد ويرى بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المبكاهين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية السكينة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصيح بيع الصبي والمعتوه الذين يعقلان البيع وأثره في البيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم في الحال أو في ثانی الحال فيدخل السلم وقد قالوا بشرطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره نوقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وأما ركنه فالعمل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولاً وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سمي ما في وقد يكون الرضا تابنا وقد لا يكون فان لفظ بعث مثلا ليس عليه ثبوت الرضا بل أماره عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للطرف كذا يتحقق بعث واشترى ولارضا كما في بيع المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهومة البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا (قوله البيع ينقذ بالايجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم أسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينقذ بالايجاب والقبول فجعلهما غير ثابتين مع ان البيع ليس الا بالايجاب والقبول لانهم اركاناه على ما حققناه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس الانفس حكمه لانه معنى ذلك الحكم وما قبل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادر على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالتحقق من الشرع ليس الا بوثب الحكم المعلوم من تبادل المملكين عند وجود الفعلين أعني الشطين بوضعهما سببا لشرعا وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لا شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كان يبتدئ المشتري فيقول اشترى منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني والافعل منه الايجاب أي اثبات فسمى الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمه ما هو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينقذ بثبت أي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني بقيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله ثم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعثتك بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي في جعل مسألة القبض بعد قوله بعثتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضخان قال اشترى منك هذا بكذا فصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جازا وكذا اشترى منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي فمصادقه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشترى) قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفيد حكميا بثبت جبرا

وكلمه كذا فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادف على البيع لا محالة
وأما كونه شرعاً فلان الكلام في البيع شرعاً وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور الشرعية لا يكون الا من
والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار في الانشاء فينعتقده هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال
وكان استعماله بلفظ الماضي والا لايتم الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله (ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضي والاخر بلفظ المستقبل)
وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتضراً عليه ولان
لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا يباع وان كان من جانب المشتري كان مساومة وقبل هذا اذا كان اللفظان أو
أحدهما مستقبلياً دون نية الايجاب في الحال وأما اذا كان المراد ذلك فينعتقده البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي
ثم قيل في تعليقه لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا (٧٥) اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال

ضرب يتجاوز وفيه بحث لان
المدكور لفظ المستقبل
وهو انما يكون بالسبب
أو سوف وهو لا يحتمل الحال
ولا وضع له فان أراد الشيخ
من لفظ المستقبل ذلك فلا
خفاء في عدم انعقاد البيع
به ونسبة الحال غير صحيحة
لعدم مصادفتها للحال وان
أراد ما يحتمل الاستقبال
وهو صيغة المضارع فيجوز
أن يقال انه لم يقل بالجواز به
وان كان بالنسبة لانها انما
تعمل في المنتميات لاني
الموضوعات الاصلية والفعل
المضارع عند الفقهاء
حقيقة في الحال على ما عرف
فلا يحتاج الى النية ولا
ينعقد به لما مر من اثر
والفقهاء لا يقال سلمانه
حقيقة في الحال لكن النية
انما هي لدفع الغمط وهو
العدة لا لارادة الحقيقة لان

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعتقده ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ
المستقبل والاخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك

(والانشاء) على هذا الوجه لا يعرف (الا بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة والعبد
لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقوله من الانشاء التخييل والترجي
والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لبعثه بطابقه أو لا يطابقه انشاء وهو يعم ما ذكر وغيره
مما يباينه ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتي وليت لي ما لا ليس علة لترجي ذلك وتنبيه بل دال على الترجي
والتمني القائمين بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامهما به غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه اخباراً لما قلنا
بخلاف بعث وطاق فانه علة تثبت به شرعاً معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا
الوجه لا يمكن الايمان له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحاً ولا اذا كان
الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر
أي وضعه علة لا ثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعتقده أي ينبت به وأما تعليقه بان لفظ الماضي أدل على
الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقاً فاختبره فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل
الوجه انه تعليقه أو لونه لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما سنع (قوله)
ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه اذا قال زوجتي فقال زوجتك ينعقد
بغير ذلك أما البيع فاذا قال بعني فقال بعك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه وهذا
ونحوه مما قال الطحاوي انه ينعقد بثلاثة ألفاظ قال (وقد مر الفرق هناك) يعني قوله لان هذا
توكيل يعني زوجتي فاذا قال زوجتك كان ممثلاً لأمرك الموكل من وجهه ووليها من زوجها والواحد يتولى
طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقد مرنا من قال ان لفظ الامر في النكاح جعلت ايجاباً لان النكاح
لا يصح بالخطبة فيه وطلبه الا بعدم اجماع وتأمل واستقارة غالباً فلا يكون لفظ طلبه أعني زوجتي
مساومة بل تحقيقاً فاعتبر ايجاباً بخلاف البيع لا يكون مسبوقاً بل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا
يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبني على كونه توكيلاً وأما الفرق بان
رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبني على جعل الامر فيه ايجاباً ثم فيه نظر

المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على أنه دافع للعقول دون الاثر فان قيل فما
وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب أن يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي
والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية فقوله بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك فان أحدهما اذا قال زوجتي فقال الآخر زوجتك
انه قد وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار الخ) أقول يجوز أن يقال أراد الشيخ بالموضوع للاخبار المعهود وهو لفظ الماضي
والمراد بالاخبار الاخبار عن الكائن (قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول في جميع العقود وفي غير البيوع والاول مخالف لما ذكره
في توجيهه كلامهم في شرح الطحاوي والثاني لا يتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول أي في البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز)
أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضاً

وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذ بكذا في معنى قوله بعث واشترت لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعبر في هذه العقود

لانه لو صح لزمت امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لانه أيضا شين وانكسار يلحقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيه - ماعن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبدك اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك عت الهبة السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عمالك على من الدين فقال أبرأتك عت البراءة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفسك فلان فلان قال كفلت عت الكفالة فاذا كان غائبا فتقدم وأجاز كفالاته جاز واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذ لم يتصادق على نية الحال أما اذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في الخصة في صفة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلا بد في قوله بعني أنه أراد معنى اشترت به بكذا ينبغي أن لا يصدق القاضى مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشترته أو آخذه ونوبا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به نية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين والافتخار أنه موضوع للحال وأما الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال انقطاع فلا يجوز به فيه فلا يقال بعنيه والمراد اشترته فلا ينعقد به الا في قوله خذ بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسین نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يجوز به في معنى بعثك في الحال فان ذكر السین ينافى ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشترى مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه والوصى عند أبي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيدته في نظم الزند ويسي بما اذا لم يكن نصه القاضى (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعثك وقال اشترته بدرهم فقال رضيت أو قال بعثك بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لا فادتها اثبات المعنى والرضاء وكذا اللفظة خذ بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال آخذه ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعنى الامر بالاخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى الآن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذ سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعثك عبدى هذا بألف فقال فهو حر عتق ويثبت اشترت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها (لانها تؤدى معنى البيع والمعنى هو المعبر في هذه العقود) ألا يرى الى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار وهذا العبد بشوبك هذا فرضي فهو بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعناق فان اللفظ فيهما مقام مقام المعنى وأنت تعلم أن اقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلانية ليس غيرة فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلانية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا أراد به وحيث فلا فرق بين بعث وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعث هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضى ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقيده بما اذا لم ينوبه فإنه ينعقد به في الماضى وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضى وغيره بلانية ومن الصور لفظة نعم تقع ايجابا في قول المستفهم اتبعني عبدك بألف فقال نعم فقال آخذه فهو بيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشترته منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا اذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت

قال رحمه الله وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا البيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعث واشترت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعث منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشترت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت أى المبيع بذلك الثمن انعقد لا فائدة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشترت هذا منك بكذا فقال خذ بعني بعث بذلك خذ لانه أمره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقد تدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدى معنى بعث واشترت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعبر في هذه العقود وقيد بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد به كافي المفاوضة اذا لم يبينها جميع ما تقتضيه ولهذا

(قوله لأن المعنى هو المعبر الخ) أقول فيه أن الاعتبار في المعاوضة أيضا للمعنى كما صرح به المصنف هناك ومساس الحاجة الى اللفظ انما هو لبعده عن علم العوام

ولهذا ينعقد بالتعاطى في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراضة

ولو قال هؤلاء بألف ان وافقك أو ان أعجبك أو ان أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت ان نعقد ولو قال بعثتك بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صحيح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعدم معرفة الثمن ان أدبت عنه فقد بعثته منك فأدى في المجلس جازا استحسانا **فروع** في اختلاف الإيجاب والقبول قال بعثتك بألف فقال اشتريته بألفين جاز فان قبل البائع الزيادة ثم بألفين والاصح بألف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلارضاه ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعثتك بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم ينعه لم ينعش بعشرة فلو كان في يد المشتري من أول الامر فذهب به والباقى بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوى يلزم بائعهم كلاما مطلقا ولو قال بعثتك بألف بعثتك بألفين فقال قبلت الاول بألف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بألفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بألف بمائة دينار عما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمن والاول في الزيادات وهو أوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لم يشتري **(قوله ولهذا ينعقد)** أى ولان المعتبر هو المعنى ينعقد **(بالتعاطى في النفيس والخسيس)** قيل النفيس نصاب السرقه فصاعدا والخسيس مادونه **(وقوله هو الصحيح)** احترز من قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطى في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الاشياء المحترقة كالقبل والرخيف والميضع والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا واخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو دلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع اه وفي شرح الجامع الصغير لغرض الاسلام في رجل قال لرجل بعني هذا العبد فلان فاشتراه ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال ياخذ فلان فان قال لم أمره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا أن يسلمه المشتري له فان سلمه وأخذه الذي اشتراه له كان يبعه الذي أخذ من المشتري وكأن العهدة عليه أى لا أخذ على المشتري فدل على صحة التعاطى في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك دنائير فساومه بالدينار ولم يبيع ثم فارقهما فباعها فادفعها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقهما ولم يستأنف ببيعها جاز هذه الساعة وكذا الوسوم رجل باشيء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز ومن صور ما اذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللأمة وعن أبي يوسف لو قال للخطاط ليست هذه بطانتي فحلف الخطاط انها هي وسعه أخذها ومنها قول الدلال للبراز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي أجناس الناطني لو قال بكم ببيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي وكذا اذا قال زني ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زني ثلاثة أرطال فوزنه الخيلار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله لمن جاء بوفر بطيخ فيه البكار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ثم البيع واختلاف في أن قبض البديل شرط في بيع التعاطى أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رحمه الله على أن يبيع التعاطى ثبت بقبض أحد البديلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر ومنها لو رد بختيار العيب والبائع متيقن انها ليست له فأخذها

(ولهذا) أى وليكون المعنى هو المعتبر في هذه العتود (ينعقد البيع بالتعاطى في النفيس والخسيس لتحقيق) المقصود وهو التراضى وقوله (هو الصحيح) احترز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطى في الخسيس كالقبل وأمثاله ثم ان محمدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير الى أن تسليم المبيع يكفي في تحقيقه

قال المصنف (لتحقق المراضة) أقول سيصحح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وفي النهاية في فصل ما يتعمله شاهد التعاطى يبيع حكى وليس يبيع حقيقى

قال رحمه الله (واذا أوجب) إذا قال البائع مثلاً بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار إن شاء قال في المجلس قبلت وإن شاعرد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول كان مجبوراً على أحدهما وانتفى التراضي فصار رضاه ببيعاً لا يمكن بيعاً هذا خلف وإذا كان إيجاباً أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للوجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن إبطال حتى الغير فإن قيل سلناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم يخص في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن إبطال حق الغير (٧٨) فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق

الملك للمشتري إذ سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة كونهما أقوى من الحق لاصحالة ولا ينقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول فإن المزكى لا يقدر على الاسترداد لانه حق الفقير بالمدفع لان حقيقة الملك زالت من المزكى فعمل الحق عمله لا تنفاه ما هو أقوى منه (قوله وإنما عتد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أولم لا يتوقف على ما وراء المجلس وتقرر الجواب أن في إبطاله قبل انتضاء المجلس عمراً بالمشتري وفي إبقائه فيما وراء المجلس عمراً بالبائع وفي التوقف على المجلس بسراهما جميعاً والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في أول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعمس وتحقيقاً للسر فان قيل فلم لا يكون الخلع والعق على مال كذلك فالجواب أنهم ما اشتلوا على البين من جانب الزوج والمولى فكان

قال (واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاعرد وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه وإذا لم يفسد الحكم بدون قبول الآخر فلا موجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما عتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعمس وتحقيقاً للسر

ورضى فهو بيع بالتعاطي (قوله) وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاعرد) وللوجب أيهما كان بائعاً ومشترياً أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى لان الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجوز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه ألا يرى أن للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل وأورد في الكافي الزكاة المجهلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وإنما الفائق وصفه وهو النصف بعد أخذ السبب حكمه ثم الأمر وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شرطه فلا يكون البيع موجوداً وله أن يقبل مادام المجلس قائماً فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الأثمة تغال بعل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه منى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب فاضحيان حيث قال فان قام أحدهما يبطل يعني الإيجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي أن لا يثبت الاعراض فلما الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهنالك يبق فان الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به إلا أن المجلس أن رأى جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفاريق وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأيهما قام إلى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تابعا وهما عيشيان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه أن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز وفي الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهم ما إذا كانا عيشيان مشياً متصلاً لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف مالوا كملها أربعاً ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو كل لقمة لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما نهى فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدوا هي تجزى فأجاب

الآخر

ذلك ما عان الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيه ما على ما وراء المجلس

(قوله وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول) أقول أنت تخبر بانالم نفرض في صورة الرد بيعاً حتى يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم تعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض فالاولى في التعليل طى ذكره من البين أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلاً فليست أم (قوله فما فرضناه ببيعاً لا يمكن بيعاً هذا خلف) أقول إنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزماً لانتفاء البيع وهو ممنوع ألا يرى أن بيع المكره منقذ (قوله فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) اذا كتب امان بعد فقد بعثك عبدى فلانا بال درهم أو قال لرسوله بعث فلانا من فلان الغائب بال ألف درهم فاذهب فاخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت أو قبلت ثم المبيع بينهم لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ نارة بالكتاب ونارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه قال رحمه الله (٧٩) (وليس له ان يقبل في بعض المبيع)

يعنى اذا أوجب البائع المبيع في شيئين فصاعدا وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات ويتقصون عن ثمن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما قبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لاحتماله وهذا التعليق في الصورة الموضوعه صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالاف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس يصح والصحيح فيه أن يقال بتضرر البائع بسبب الشركة فان قبل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولا أجيب بأن القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استثناف ايجاب لا قبول ورضا البائع قولاً قال وانما يصح مثل هذا اذا كان

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتم بر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة

الآخر لا يقطع المجلس بمجرد انما الاثم - ما لا يمكن ان يقع فيها وقيل يجوز في الماشيئين أيضا ما لم يتفرقا بذاتهم - ما أمال المسير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار الخيرة بخلاف سجدة التسلاوة ولو قال بعثك بألف ثم قال لا آخر بعثك بألف فقبل فلهي الثاني لا الاول ولو قال بعثك بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله) والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتم بر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة (فصورة الكتاب أن يكتب امان بعد فقد بعث عبدى منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس ان عقدوا الرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبدا فلانا منك بكذا فجاءه فآخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعث عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره فذهب فاخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل لما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعثه بكذا فكنت بعثك لا يتم ما لم يقبل الاول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعنى بكذا فقال بعثه يتم المبيع فليس مراد محمد هنامن هذا سوى الفرق بين الشكاح والمبيع في شرط الشهود لا يمان اللفظ الذي ينعقد به المبيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبمعنى من الحاضر يكون استيما عادة وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شرطى العقد وهذا يصح رجوع الكتاب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم المبيع بخلاف ما لو وكل بالمبيع ثم عزل الوكيل قبل المبيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل المبيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فأما المنع والعق على مال فانه يتوقف شرط العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي الشكاح من الخلاف فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله) وليس له أن يقبل الى آخره) يعنى الآن رضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مائة قسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكمل أو موزون فان كان مما لا ينعقد الا بالقيمة كتوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر ولتشكلم على عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيها فتجاذب فتقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميره في قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين في قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين المبيع أولا آخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشتري فنعناه في البائع انه اذا أوجب المشتري المبيع بأن قال اشتريت هذه الاثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو أثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجمله بسبب حاجته الى الكل وبغيره عليه تخصيصه باقي الاثواب لعزها وبعضها لا يقوم بحاجته فلولا انما المبيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشتري فنعناه اذا أوجب البائع المبيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه اذا

للبيع الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي الغفيزين باعها بعشرة لان الثمن يتقسم عليه ما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبدتين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضى البائع لانه يلزم المبيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز كما سألنا وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لتفاه الضرر عن البائع

قوله لانه يلزم المبيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز (أقول ويجوز بقاويحي)

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولما قل ان يقول جل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال بالاجماع متكلمى أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فوجه ترجيح مجازكم على مجازهم وأجيب بأن أسناد التفرق والتفرق الى غير الاعيان سائق فصار بسبب فساد الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا به وقال لا تفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤل إليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الأولى أن يقال جله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية (٨٣) معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمباذلة وهومة مقطوع بفساده عادة وهذا

والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تنفي الى المنازعة

معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو تقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجع جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من أداه على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل أعنى جل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعواض المشار اليها ثمتا كانت أو ممتنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتناهي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين أوجبهم عقد البيع فان جهالة الوصف لا تنفي الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف

الاخر وأن لا يرجع وعلى هذا قال التفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الايجاب لأشترى أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق أقوالهم كثيرا في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعدهم جاءتهم بآية اليه وقال صلى الله عليه وسلم افتقرت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ فإراد أحدهما في قوله أو يقول أحدهما صاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه لا آخر اختر اتقبل أو لا والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذلك في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعلى التكاح والخلع والعتيق على مال والكتابة كل منها عقده معاوضة يتم بالخيار المجلس بمجرد الانظر الدال على الرضا فكذلك البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منه بآن ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرنا من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق ر واه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعل به فغاية في الضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده مخجوج به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والنياب أو أمنا كالدراهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فإذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكور جسة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدي وهي مرثية له فقبل جازولزم لان الباقي جهالة الوصف يعنى القدر وهو لا يضرب الا يمنع من التسليم والتسلم لتجهل به جهالة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال لغيره لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئا فبعها مني بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم قيمتها كتر جاز البيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للأجل فلا يصح في السلم فيه اتفاقا ولا في رأس مال السلم اذا كان مكبلا أو موزنا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الزمان مع كفاية الربا شرعا والقياس بدق مقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة

مقدارها وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعواض ربوية أما اذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وانما لم يقيده في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبينه

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن اسناد التفرق والتفرق الى القول مجازا بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمني بذلك حتى على فلان (قوله أو تقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الاعراض (قوله ثمتا كانت أو ممتنا) أقول وتفرق رصودا للربوية صريح في أن المراد بالاعواض الاثمان فتأمل في الترجيح (قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بيانا للحال جهالة الوصف فيه (قوله ناجزا في البيع) أقول أي حاضر (قوله فجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها

قال (والأثمان المطلقة لاتصح الآن تكون معروفة القدر والصفة) (٨٣) عن الإشارة لا يخرجهما العقد الآن تكون

معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخار يا أو سم رقتي بالان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمنعها (وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمنع التسليم والتسلم) ويقوت الغرض المطالب من البيع قال (ويجوز البيع بثن حال) قال الكرخي رحمه الله البيع ما يتعين في العقد والثن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه ثبت في الذمة ولين بثن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء

(قوله يمنع حصوله بالجهالة الخ) أقول أي بجهالة ذلك الواجب (قوله الى النزاع) أقول في ذلك الواجب (قوله والثن ما لم يتعين) أقول هذا أيضا منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم اذا كان عينا (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المعروف هو المبيع المطلق والثن

(والأثمان المطلقة لاتصح الآن تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفاتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثن حال ومؤجل اذا كان الأجل معلوما)

مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو أراه دراهم وقال اشترى به هذه فوجدته بوزن أو بوزن كانه أن يرجع بالجيد لان الإشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجيد ولو وجدته ساقطة أو رصاصا فسدد البيع وعليه القيمة ان كان أتلفها ولو قال اشترى بها هذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدته نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشترى بها في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والأثمان المطلقة) أي عن قيد الإشارة (لاتصح حتى تكون معلومة القدر) كخمس عشرة دراهم أو أكرار خنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الخبز فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الخبز ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الخبز فانه يوزن به كان له الخيار وبما لا يجوز البيع به بقيمة أو بما حصل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز أن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضه عادجا نرا وكذا لا يجوز بالف درهم الا دينار أو بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز عمل ما يبيع الناس الآن يكون شيئا لا يتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكذا خنطة بحرية أو صعيدية وهذ الانما اذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الارتفاع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعراض في البيع إما دراهم أو دنائير فهي ثن سواء قبلت بغيرها أو بحسنها وتكون صرفا أو إما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة أبدأ ولا يجوز فيها البيع الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما ثبت الثياب مبيعة في الذمة نظر بق السلم تثبت دينامؤجلا في الذمة على انها ثن وحينئذ شرط الاجل لانها ثن بل لتصير ملققة بالسلم في كونها دين في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبد ابن ثوب موصوف في الذمة الى أجل جازو يكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه للاحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددى متقارب كالبيض فان قبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأثمانها من المثليات فما كان موصوف في الذمة فهو ثن وما كان معينا فبيع فان كان كل منهما معينا فاصحبه حرف الباء وألفظ على كان ثمننا والاخر مبيعا وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع المكمل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل فلذا لو قال اشترى منك كذا خنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب أن يضرب الاجل للحنطة واعلم أن التقدير المشرط قد يكون عرفا كما يكون نصا في الفتاوى لو قال اشترى منك هذا الثوب أو هذا الدراهم وهذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنائير أو دراهم ان كان في البلد يتباع الناس بالدنانير والدراهم والفلاس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنائير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلاس وان كان في بلد لا يتباع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يتباع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا أنه اذا صرح بالعقد فتمين المعدود من كونها دراهم أو دنائير أو فلولسا يثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثن حال ومؤجل)

المطلق وهو ما يكون ثمنه بكل حال في التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقرينة الاطلاق الذي يصرف على الكمال

وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر فانه اغما يحمله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طرفي أصحابنا في الاجارة والثن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردف فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها أثمان وليس اشتراط الاجل لكونه غنابيل ليصير للمقابلة السلم في كونها دينيا في الذمة والثن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردفين هما كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع بأعيانها أثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلهما النقدان فهي معينة وان قابلهما عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لان البيع لا بدله منه وما ليس أحدهما أولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا ونمنا وان كانت أعنى المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشترت هذا العبد بكذا حنطة وقد وصفها كانت غنابا وان دخلت في غيرها كان يقال اشترت الكرم هذا العبد كان مبيعا ولا يصح الاسما بشرطه هذا المخلص كلامهم في هذا الموضع وأقول الاعيان ثلاثة نقود أعنى الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبد وغير ذلك (٨٤) ومقدارات كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة وببيع غير النقدين بالنقدين

يشتمل على المبيع المحض والثن المحض وما عد ذلك فهو متردفين كونه مبيعا وغنابا للتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والبيع بالثن الحمال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روى (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى أجل ورهنه درعه) لكن لا بد وأن يكون الاجل معلوما لئلا يفضى الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدا قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم ورهنه درعه ولا بد أن يكون الأجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالب به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدا قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما بين مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودي الى أجل ورهنه درعاه) من حديد وفي لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحيم رجلا من بني طغرى في شهر (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالته تقضى الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا يطالب به في قريب المدة وذلك في بعيدا) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم أو يجب فيه التعيين حيث قال من أسلف في عمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما البطلان فيما اذا قال بعثك بألف حالا وبالفين الى سنة فلهما للثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن تؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف الى شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء لهما الاجل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حل ومؤنة نزع ومنه على قول محمد ما اذا باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمد ارجه الله عليه بتضمنه أحلا مجهولا حتى لو سمي الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فانما عاله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بان قال عشر دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فيصرف) المطلق (اليه) فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بهامع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف

قال اشترت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا أو سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الآن بين أحدهما واعلم اني أذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب - لانه فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما أن يكون الاختلاف في المائلة والرواج أو في المائلة دون الرواج أو في الرواج دون المائلة أو لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جازا البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة في المنازعة نوقعه ما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحري بالجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقول

(قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر الخ) أقول ويجوز أن يكون احتراز عن الثمن (قوله والثن ما يقابله) أقول أي يقابل ما يحمله العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كما ذكره استلزامه فقد ان المبيع في بيع النقدين وفقدان الثمن في المنازعة بخلاف ما اختاره

(فإن كانت النقود مختلفة) يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فإن المصري أفضل في المالية من المغربي إذا فرض استواءهما في الرواج (فالبائع فاسد) لأن الجهالة تنفضي إلى المنازعة إشارة إلى القسم الثاني لأن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فحينئذ يجوز وقوله (أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف البائع إليه نحو بالجواز) إشارة إلى القسم الأول وإلى القسم الثالث لأن كون أحدها أروج أعم من أن يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواءه والبائع جائز فيهما وقوله (وهذا) أي فساد البائع إذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الثاني أعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصر في اليوم بسمه قد فاته بمنزلة الناصري (٨٥) يضاري والاختلاف بين العدالي

بشرائه رغانة وفقهاء ما وراء
النهر يسمون الدرهم عدليا
وكل هذا يختلف في المالية
مع التساوي في الرواج
وقوله (فإن كانت سواء
فيها) أي في المالية يعني مع
الاستواء في الرواج إشارة
إلى القسم الرابع وجزء
الشرط قوله (جواز البائع
إذا أطلق اسم الدراهم
كذا قالوا) أي المتأخرون
من المشايخ (وينصرف) اسم
الدراهم (إلى ما قدر به) من
المقدار كعشرة ونحوها
(من أي نوع كان) من غير
تقييد بنوع معين لأنه
للمنازعة لاستوائهما في
الرواج (والاختلاف في
المالية) وظاهر من هذا
تعقيب كلام الشيخ رحمه
الله فإنه فصل بين قوله إذا
كانت مختلفة في المالية
ومثاله وهو قوله كالثنائي
بالشرط وهو قوله فإن
كانت سواء وفصل بين
الشرط وهذا وبين جزائه

(فإن كانت النقود مختلفة فالبائع فاسد إلا أن يبين أحدهما) وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء
لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ
يصرف إليه نحو بالجواز وهذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي
والنصر في اليوم بسمه قد فاته والاختلاف بين العدالي بشرائه جاز البائع إذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا
وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال (ويجوز بيع
الطعام والحبوب مكابله)

القول وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وإن كان التعامل بهم في الغالب كان من تركها
بدلالة العادة وكل منهما واجب بالجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فإن كانت النقود مختلفة)
المالية كالذهب الأشرفي والناصري بعصره لكنها في الرواج سواء (فالبائع فاسد) لعدم إمكان الصرف
إلى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج وإذا لم يكن الصرف إلى أحدها
والحالة أنهم متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة لأن المشتري يريد دفع الانقص مالية
والبائع يريد دفع الأعلى فيفسد البيع إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ورضي الآخر
لارتفاع الفساد قبل تفرره وصار كالمقاول الدائن لديونه يعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك
وبعني هذا الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم إقصاء جهالة الثمن الأول إلى المنازعة بضم
المبيع الثاني إليه أذ به يصير عنهما عشرة وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المدينون نعم ونحوه وإن كانت
مختلفة المالية والرواج معا فالبائع صحيح ويصرف إلى الأروج لوجه الذي تقدم من وجوب العمل
بالعرف والعادة وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدي من أيها شاء لأنه لا فضل
لأحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لأن الامتناع عن
قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الاتعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير
لا تعين حتى لو أراه درهما اشتري به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جازيه إذا كانا متعدي المالية
والثنائي والثلاثي اسم دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفة في الذهب كان
الخليفة أفضل مالية عندهم والعدالي اسم دراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهي الحنطة
ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شربة فيقول (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر
وكذا باقي أي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام (مكابله) أي بشرط عدل من البكيل والافقي اللغة

وهو قوله جاز البائع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعله من قوله كالثنائي الخ متعلقا بقوله فإن كانت سواء لأن ما كان اثنان
منه دانقا ولأنه منه دانقا لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء هذا ما سنخلى في حل هذا الموضع والله أعلم قال
(ويجوز بيع الطعام والحبوب مكابله)

قال المصنف (والاختلاف بين العدالي الخ) أقول والظاهر أنه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في
المالية أن ثبت اختلافها فيها (قوله وظاهر من هذا تعقيب كلام الشيخ إلى قوله هذا ما سنخلى في حل هذا الموضع) أقول فيه بحث
فإن اسم الدراهم إنما يطلق على اثنين من الثنائي وثلاثة من الثلاثي كما صرحوا فحينئذ يظهر استواءهما في المالية وأنه ليس في كلام
الشيخ تعقيب فلنأمل

المراد بالطعام الخنطة وإفقه لأنه يقع عليه ما عرفا وسبق في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحصى وأمثالهما كل ذلك إذا بيع مكابله جازا اعتدسوا وكان البيع بجنسه أو بخلافه وإذا بيع (مجازفة) فإن كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وإن كان مما يدخل تحته لا يجوز إلا (بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) لا يقال لادلالة الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لأنه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لأن الدليل على ذلك صدر الحديث ولأن الجهالة مانعة إذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصارك إذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما إذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) بآباء بعينه إذا باع الطعام أو الحبوب (بآباء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز) لأن الجهالة المانعة مانعة من النافذة إلى المنازعة وهذه ليست كذلك لأن التسليم في البيع (٨٦) متجمل فيقدر هلاك كل منهما من الأناء والحجر قبل التسليم وقبل يشكل على هذا

وما إذا باع أحد العبيد الأربعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقي أو اشترى بأي غن شاء فإن الجهالة لم تنفذ إلى المنازعة والبيع باطل وليس بواردا لأننا إن الجهالة المفضية إلى النزاع مفسدة للعقد وهذا لانزع فيه ولم نقل إن كل ما هو باطل لا بد وأن يكون للجهالة فيجوز أن يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الأولى وعدم الثن في الثانية وروى عن أبي يوسف أن الجواز فيما إذا كان المكيل لا يتكس باليكس كالتصعة ونحوها أما إذا كان مما يتكس كالزبيب ونحوه فإنه لا يجوز بخلاف السلم فإنه لا يجوز بآباء مجهول القدر وإن كان معيناً وكذا الحجر لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس

ومجازفة) وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون بدا بيد بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا لأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسليم فشابها جهالة القيمة قال (ويجوز بآباء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لأن الجهالة لا تنفذ إلى المنازعة لما أنه يتجمل فيه التسليم فيقدر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا

المكابلة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل براءة الصبرة والجرف في الأصل الأخذ بكثرة من قولهم جرف له في الكيل إذا أكثر ورجعه إلى المساهلة قال المصنف (وهذا) يعني البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فأما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فلا يجوز بمجازفة لاحتمال الربا وهو مانع تحقيقه الربا وهذا أيضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وأما ما لا يدخل كحفنة ففتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالترتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد مقيد أيضا بما إذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كقفة بكفة فإنه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كقفة ميزان بكفة ميزان جاز لأن المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف في ما إذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي كرهه بعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة إلا البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمالح بالمالح مثل لا يعمل سواها سواها إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كانت يدا بيد (ولأن) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسليم) لتجمل التسليم على مانعة فلا ينفع (فشابها جهالة القيمة) للبيع بعد رؤيته ومشاهدته فإنه لو اشترى من إنسان ما يساوي مائة بدرهم والبايع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله) ويجوز بآباء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيد الأناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد أما إذا كان يحتمل كالزبيب والجوالق فلا يجوز وعلى هذا يبيع ملء قربة بعينها أو راوية من النبل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في الحجر جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين فلو ملاه بأصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه

بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد أن البيع أيضا لا يجوز كالتسليم لأن البيع في المسكيات والموزونات إيمان يكون مجازفة أو يذكر القدر في المجازفة المعقود عليه وهو ما يشار إليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء منها فإن الفرض عدم المجازفة والمكيل إذا لم يكن معلوما لم يسم شي من القدر (قوله) وإن كان مما يدخل تحته إلى قوله لا يقال لادلالة الحديث على المنع الخ) أقول أنت خير بانيراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز إذا بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا بأنامل يظهر التسوية ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام (قوله) وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الأولى الخ) أقول إذا كان غير معين تكون مجهولا وسحب أن الفساد فيه للجهالة

بوفيه

يوفيه في منزله وعن أبي يوسف اذا ملاه هاتم تراصيا جاز كما قالوا لوباع الحطب ونحوه أحالا لا يجوز ولو جعله
 على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قرية من ماء الفرات
 جاز استحسانا اذا كانت القرية معيطة وعن أبي يوسف أيضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع الماء في
 الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله في وعاء ووجهه في المدسوط مسألة الكتاب بأن في المعين مجازفة يجوز
 فمكيال غير معروف أولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابته تفيد الاحاطة بقدر حرمة
 وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كمل غير معلوم قبل أن يصب فالاولوية منتفية بلا شك والوجه
 يقتضي أن يثبت الخيار اذا كان له أو وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبانص في جمع التوازن
 على أن فيه الخيار اذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن
 هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي أن يكون هـ ذاجمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما
 لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز أي لا يلزم قال المصنف (والاول اصح) أي من جهة الرواية (وأظهر) أي من
 حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تنفي الى المنازعة وهي
 الممانعة وذلك لانه يتجهل فيقدره لانه بخلاف السلم لا يتجهل فقديهم لك ذلك الكيل والحجرفيته عذر تسليم
 المسلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفى ثبوت الخيار وأقرب الامور الى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في
 المسئلة التي تلي هـ وهي ما اذا باع صبرة كل فقيز بدرهم أنه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صم
 ويثبت الخيار للمشتري كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت
 الاشارة اليها لكن هذه الرواية اتم وصار كما اذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هـ هذا
 وقد روى عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هـ ذه البطيخة
 ونحوها لانها تنقص بالخفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا
 بشرط تجهيل السلم ولا خفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع
 بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتم عذر التسليم وتقع المنازعة الممانعة
 منه والفرض ان أقل مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة
 لان هـ لا كإن ندرقا لا اختلاف في أنه هو أو غيره والتمه فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة
 البيع في ذلك بالتجهيل كما في عبارة المدسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يدا بيده فلا بأس به ثم ان في المعين
 البيع مجازفة يجوز فمكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكر وقد قدم
 النظر في الاولوية هذا أو ارد على التعليل بأن الجهالة لا تنفي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من أربعة
 بأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بأي ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي الى المنازعة أوجب بان المبطل في
 المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والتمن لا الجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبس من ثلاثة لكن جاز
 على خلاف القياس كما سأتى ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القرية من ماء النهر وانه كبيع الطير
 قبل أن يصطاده كالباعه كرامن حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز الا أن يكون مسلما وأما
 الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القرية في ديار باعصر اذا لم تكن معبنة
 مثل قرية كافية أو سقاية أو رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر في الماء ونظير ما نحن فيه
 ما اذا باع حنطة مجموعة في بيت أو مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفرة الحفيرة ان
 له الخيار اذا علم ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ
 الحنطة جاز ولا خيار له الا أن يظهر تحتها كان أي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن أبي جعفر
 باعه من هذه الحنطة قدر ما عيلا هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما عيلا هـ ذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى

(والاول) اصح يعني من حيث
 الدليل فان المعيار المعين
 لم يتقاعدا عن المجازفة
 (وأظهر) يعني من حيث
 الرواية

قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جلة القفزان أو بالكيل في المجلس أو لافان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جلة ما فهم من القفزان وان كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله وجهه القفزان كالاول عندهما (٨٨) لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثنى جهالة تقضي الى المنازعة

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جازا البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة الا ان يسمى جلة قفزانها وقال لا يجوز في الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثنى فيه تصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس وصار هذا كالأوفر وقال افلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع

بعث منك مالى في هذه الدار من الرقيق والدواب والياب والمشتري لا يعلم ما قيمته فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال مالى هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجواني ولو قال بعث منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موز ونا بانه على أن يفرغه ويزن الا انه فيحفظ قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم لهذا الاختلاف وانما اذا باع الجدة الكائنة في الجمدة قيل لا يجوز حتى يسلم أو لا يتم بيعه والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة ايام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تدوب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلهذا اهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلا الجدة ورخصه فينظر الى ما بعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتي من هذا الباب شئ في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جازا البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو نسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد نسخ البيع في الكل وهو قول الاثمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد للمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفرق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جلة القفزان (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثنى) ولا جهالة في القفيز فلم يزم فيه واذا زالت بالتسمية أو الكيل في المجلس ثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذا مؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر الفساد وما في المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار أربعة ايام بعد المجلس وكذا زال جهالة الاجل المجهول به حيث يجوز العقد بزال الفساد بعد المجلس لان الفساد فيها لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد برفع الفساد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيه - ما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل واما ما أورد من أن الجهالة وان كانت ثابتة لا يمكن ان تقضى الى المنازعة لان بعد العلم بان كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا فجوابه ان الفساد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقد راعى عدم الاشارة ولا معرف شرعاه غير ذلك واما الجواب بمنع كونه غير مفوضة الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفته قدره فيتنازعا فتهافت ظاهرا لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد أن

لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثنى غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس بأحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس - منزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاد فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكمكم أجل مجهول أو شرط الخسار أربعة ايام أحجب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لاهر عارض فلا يتقيد بالمجلس انفسه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل

(قوله لابي حنيفة الى قوله جهالة تقضى الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تقضى الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الا ان تزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلمنا انعقاده

فاسد لكن ينقلب جائزا) أقول لا يتقيد بالمجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكمكم أجل) يكيله مجهول الخ) أقول كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدم الحاج ثم اسقط الاجل قبل حلوله وسيجيء تفصيله في أواخر البيع الفاسد (قوله أحجب بان الفساد في صلب العقد قوي الخ) أقول يراد أن يقال اذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلا كما في بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز أن يقال بان الفساد هنا يحمل الخلاف فضعف بخلافه

(ولهما ان هذه جهالة ازالتهما في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان ازالتهما بأيديهما فلا تنهاترفع بكيل كل منهما وقد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز ان ازالتهما ما بيدا البائع ان كان هو الراقم أو بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالتهما أما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبد بن علي ان المشتري بالخيار وأجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد أيضا الا ان يجوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ماورد به النص على ما سبب أي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزناه أبو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جهالة القفز ان فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمنا لم يسم وأما اذا لم يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع مالم يره لم يأت في فلا خيار له وفيه بحث أما أولا فلا نفي تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسة مائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فهنا تفريق الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانيا فلا نفي قياس قول أبي حنيفة أن لا يخبر المشتري لزوم انصراف البيع الى الواحد لعلمه كما لو اشترى قناعا مديرا فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار يوجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الاول اننا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريك لا غير لان وقوعه على نصيبه يلزم شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز زفصار كمن اشترى قناعا ومديرا فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة (٨٩) على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضيف لان قولهما

ان الكل مبيع فن أين التفريق والاولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصد ههنا أيضا الكثرة ومائة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز

ولهما أن الجهالة يسدهما ازالتهما ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبدا من عبد بن علي أن المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فلم يشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جهالة قفزانه لانه علم ذلك الا ان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

بكيه ليعرف القدر الذي يطالب به الا لا يمكن أن يطالبه الابكية خاصة مشار اليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطالالا المنازعة المفسدة (ولهما ان هذه جهالة بيدهما ازالتهما) بان يكيلا في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تقضي الى المنازعة كبيع عبدا من عبد بن علي أو ثلثة على أن المشتري بالخيار باخذ أيهما شاء وقد أورد عليه نقض اجمالى لو صح ما ذكر من أن الجهالة التي يسدهما ازالتهما غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز

(١٢ - فتح القدير خامس) والصرف الى الاقل باعتبار تعدد الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصد العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه (قوله وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جميع قفزانه) يعني كأن للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فرجما كان في حده أو ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابل ولا يتمكن من اخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والعدودات المتقاربة

(قوله لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جهالة القفز ان وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمنا لم يسم الخ) أقول وعندى أن محجى التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية بعم صورة عدم علمه بمثلها فانه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع بحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بوجبه فتأمل (قوله فالوجه انه نزل منزلة من باع مالم يره لم يأت في فلا خيار له) أقول ان أراد انه لا خيار له مطلقا ولو اذا تفريق الصفقة عليه فليس كذلك وان أراد انه ليس له خيار الرؤية فسلم وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفريق الصفقة ثم الاولى تأخير قوله لم يأت في عن قوله فلا خيار له فليتأمل (قوله وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه الخ) أقول قيل الانصراف الى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضا ولهذا لا يشيع الفساد على ما سيجي في باب البيع الناسد في الفرق (قوله وهذا ضيف لأن قولهما ان الكل مبيع فن أين التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد المجيب انهما يقصدان كون الكل مبيعا على مذهبهما والقاضي يحكم عذبه أي حنيفة فتفريق الصفقة عليهم ما فليتأمل (قوله ومائة مانع شرعي عن انصرف الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم ما في الجواب الذي اختاره أيضا

وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالببيع عند أبي حنيفة رجة الله في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف إلى الواحد كما في الكميات إلا أن التفاوت بين الأشياء موجود وفي ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة بخلاف الكميات وحكم المذروعات إذا بيعت مذاعة حكم الغنم إذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن وأما إذا بينهما أو أحدهما كما إذا قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح أما الأولى فظاهرة وأما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلأنه لما سمي لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاولى وأما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا

(قوله فهو جائز في الكل لما قلنا) أقول من إن إزالة الجهالة بيدهما

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذاعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت ومعدودهما يجوز في الكل لما قلنا) وعنده ينصرف إلى الواحد لما يباين غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضي إليها في الأول فوضح الفرق بين عبد من أربعة على أن المشتري يختار في تعيينه وإن يجوز البيع بأي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل أوجب بأن البيع بالرقم تمكن الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا أو كذا أو جواز إذا علم في المجلس بعقد آخر هو النعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لأنه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبد الأربعة في جانب المبيع فإن البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة إلا أنه يشترط بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى أن كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لأبي حنيفة فأنها تضمنت تسليم أن الجهالة وإن كانت بيدهما ما زالتا بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن كالبيع بالرقم وبأي ثمن شاء وفي المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع إمكان إزالتهما ثابت في محل النزاع أجاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين لا بكيل أحدهما أو كون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له في دفع منع الحظر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد وإذا فسد البيع في عبد من أربعة والجهالة في مضبوط لا تحصرها في احتمالات أربعة لا تعداها فلا تنفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع إمكانات أو عشرة أو لى بل ويسجل عليهم ما يبطلان قياسهما على بيع عبد من عشرين إذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد وحينئذ ترجع قول أبي حنيفة وظهر أن كون العاقدين بيدهما إزالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالتهما بدلالة الإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالتها فيها وغايتها إذا أزيلت في المجلس وهما على رضاها ثابت بعقد التراضي والمعاطاة لا يعين الأول كما ذكر في الرقم بل ولهذا الفروع المذكورة أمثال يطول عددها يطل البيع فيها بالجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيح قولهما وهو ممتنع وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل إلى ما لا تعلم نهايته فأنما يتناول أدناه لصيانته عن الإلغاء كالإقرار بأن عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا الجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لأنه لو منع صحة هذا الأصل كان إثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من نبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الأصل **فروع** ١) اشترى طعما باع غير جنسه خارج المصرو شرط أن يوفيه في منزله من المصرو فالفقد فاسد لأن المشتري يملكه بنفس العقد فإذا اشترط لنفسه منفعة الحل فساد ولو كان في المصرو شرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد ولو عير بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف فإن الإنسان يشتري الخطب والشعير على الدابة في المصرو ولا يكثر دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصرو وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحل والإبقاء في الاستحسان لأن المراد منهما واحد واختار شمس الأئمة الفرق فإن الإبقاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة في المشتريات ذكر تطهيرها في القيميات فإذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة أما إذا سمي أحدهما فصح

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة ففيز بمائة درهم فلا يتخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الاول فذلك وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالرائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع (٩١) على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر أي القدر

الرائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدین مخيرا في ان شاء باشرها أو تركها واذا كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انها مائة ذراع فوجدها أقل خيرا المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقوله الا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض وأما أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا أي فليكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة ففيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها أكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحصة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف في الثوب الا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كطراف الحيوان فلهذا يأخذ به بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذ بحصته

بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما اذا اتفقا وعنده ينصرف الى الواحد لما بيننا من جهالة كل الثمن والغناء كون ارتفاعها بيدهما ما غير ان الاحاد هامة فتاوت فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا الوباغ شاة أو عشر من مائة شاة أو بطيخة أو عشر من مائة شاة أو بطيخة كان باطلا وأما الجواز فيما اذا عجزا عنها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتاني ان ذلك في ثوب يضره التبعض أما في الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدومة تفاوت كحمل بطيخة بقلس والمان والسفرجل والخشب والاداني والريق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الاتي بأصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل ففيز بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورد الصمد الشاهد والفقهاء أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من أجناس مختلفا فيه ثم قال الفقهاء والفتوى على قوله ما تبسرا لا أمر على الناس انتهى وتفرع الصمد الشاهد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة ففيز بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلث مكيلا أو موزونا (وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزون (وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا أو أرضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء تركه وان وجدها زائدة على العشرة والمائة كان الكل للمشتري (ولو) كان (قال على انها مائة ذراع) مثلا بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فلم يشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا

الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا يأخذ بحصته

(قوله وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون عمله للفسخ لا لقوله خيرا لا معنى له وأيضلا لا يكون الكلام مطابقا للشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق قال المصنف (الا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض) أقول الا ان فماتنجر فله عبارة عن الطول

(وقال الا انه يقدر) استلزامه من قوله ياخذ به كل الثمن وعلى هذا اذا وجدها أكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد للشترى ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما اذا باع عبدا على أنه أعمى فاذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل الفقه وقدمت أن يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله لا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز أن يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل أو كثير ثم عشرة أفرزة أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز وجوبه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الأصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ماتعيب بالنقص فالزيادة والنقصان فيه وصف وماليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما يوجد تأثير في تقدم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وماليس كذلك (٩٣) فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف

والله اعلم بالصواب المذكور لتغير المعنى فاحتل الرضا قال (وان وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للشترى ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم (ولو قال بعثتها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بمحضتها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكونه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرده بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يرز على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فأعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن أو أعورت عند المشتري جازله أن يرجع على غناها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على أنه كاتب فوجد له لا يحسن الكتابة وله الزائد في الصورة الزائدة (كما اذا باعه) على أنه معيب فوجد له سليما هذا اذا لم يفرده بالثمن فان أفرده بالثمن وهو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة بخيرين أن يأخذ الاثواب الموجودة بمحضتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرع ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كالأول يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زادت عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع لزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه أما هنا فالذرع ليس أصلا من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيارين أن يأخذ الزائد بمحضته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه بضرر بلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعدد البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا تارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا أصلا دائما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فليل لأن المثلي لا تنقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض لا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباهة أفرجة كان بثمن

وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعض والمذروع يتعيب بعشرة أفرزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشترى بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة أفرزة وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى معه فان الثوب العتاي اذن مثلا اذا كان خمس عشرة ذراعا فالتسعة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة أيضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا أن الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان

المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب لكن اشترى عبدا أو أعتقه أو مات ثم أطلع على نقصان أصبح يرجع على بائعه بالنقصان وكالاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور واجب بأن كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكا كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشرع أن كان ثوبا باخاطه المشتري ثم أطلع على عيب أخذ شبهه بالأصل فأخذ قسطا من الثمن ولو قال بعثتها يعني الثياب أو المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة الاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة أخذها المشتري بمحضتها من الثمن أو ترك لان الوصف وان كان تابعا لكونه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب

وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا أي أخذها بمحضها من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري أخذها كل ذراع بدرهم وهو لم يبيع الا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا في المسئلة الاولى أيضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الاحاد على الاحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث انه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الافراد عند ذكر كل ذراع لزم الغامضة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علته لها والاوى أن يقال اذا لم يفر كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا يعتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ ما خبا الفسخ فلانه حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فتيخير وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا مشروطا ولو أخذ بالاقل لم يكن أخذ بالمشروط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة (٩٣) ففسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل كما لو كان العقد واردا على أنواع عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ماسياني وأما الثاني فهو ان الذراع لو كان أصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة أففزة فإذا هي أحد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وهما دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الأنواع مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن

وهذا لانه لو أخذ بكل الثمن لم يكن أخذ لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه زيادة الثمن فكان نفسا يشوبه ضرر فتيخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذ بالاقل لم يكن أخذ بالمشروط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالببيع فاسد عند أبي حنيفة وقالوا هو جائز وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار أو أسبعة أسهم

اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افراد الذراع وبيع مفردة لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه بكثير وذلك لانه لا يقيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالببيع فاسد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالوا هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم منها) جار في قولهم جميعا) ومبني الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كانه باع عشرة مائة وبيع الشائع جائزا اتفاقا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعندهما مؤدة قدر معين والجواب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو تطاير اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على انهم يبعدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه وعلى الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في

الثاني بأن الذراع الزائد لم يدخل كان باع بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول فخر يافي الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعني أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا تنقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائزا بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشر افقخصيص الجواز بأحدهما تحكم

(قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح في العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابلة شيء من الثمن لاهذا القول (قوله فلا يكون علته لها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية علته بل لزوم المصادرة (قوله والاوى أن يقال يعني الارض) أقول فيه ان قول المصنف فتزل كل ذراع منزلة ثوب يبنى عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمير الى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لسكونه بمنزلة الثوب حيث تزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل هذا ناويل ما في النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر في مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة أقواب (قوله وعن الثاني بأن الذراع الخ) أقول ويجوز أن يجاب عن الثاني بأنه لما كان في الذراع جهتا اصولية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح

ولا يحنف ان الذراع حقة في الآلة التي يذرع بها وارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازا لما يحمله بطر بق ذكر الحال وارادة الحمل وما يحمله لا يكون الامانة مشخصة لانه فعل حسي يقتضي محلا حسي او المشاع ليس كذلك فما يحمله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز الجواز (وذلك) أي العشرة الا ذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم ان العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولا بجهة التفضي الى المنازعة بخلاف المهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيما فيجوز ان يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهم ما من اوايس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم (٩٤) جملة الذرعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من

لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهة المانعة من الجواز خلاف ما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهة جملة الذرعان وأما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشاة معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع أما اذا زاد فله جهة المبيع لأن الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والأثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا بجهة التفضي الى المنازعة وأما اذا نقص فله وجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدرى

وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهة ولو اشترى عدلا على انه عشرة أثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهة المبيع أو الثمن (ولو بين اكل ثوب ثمننا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة) لجهة العشرة المبيعة ترجيح المبني فابو حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشب التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحمله وما يحمله معين فكان المبيع معينه مقدار بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل انما بالعشر والافلا فائدة في تعيينه لان العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعويض الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك لجواز ان يرفع به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز عـلى قول أبي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهة لبيدهما ازالتهما يذرع الكل فيعرف نسبة العشرة ويصح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز ان يكون العاقد يرى الرأي الاول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر ان ما قال الخصاف من أن الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان وأما اذا عرف جملة اذع المبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهة كما قلنا وبعرفة قدر جملة المبيع لا تنفي الجهة عن البعض الذي يبيع منه واختلاف المشايخ على قوله ما فيما اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جملته اقل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملته او الصحيح انه يجوز لانها جهة لا يدرى ما ازالتهما بان تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها أن يقول بعثلك ما في هذا العدل على انه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمننا بل قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهة المبيع) في صورة الزيادة لما عرفنا من قرب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلا من وجه (والثمن) في صورة النقصان لان الثمن لا يتقسم اجزائه على حسب اجزاء المبيع القبي والنياب منه فلم يعلم للثوب الذهاب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك الفـدر منه فكان الناقص من الثمن قد راجح ولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل اكل ثوب ثمننا بان قال كل ثوب بعشرة (حاز) البيع (في فصل النقصان بقدره) أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهة لكن مع ثبوت الخيار لا يشترى لتفرق الصفة عليه (ولم يجز في الزيادة) لان جهة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة

انه كان جيدا أو وسطا أو رديا وحيفة لا تدرى قيمته بقين حتى تسقط فكانت جهالتا واجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فسادهما واذا بين لكل ثوب ثمننا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لتكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاعرك لانه تغير بشرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهة العشرة المبيعة

قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع) أقول قال الاتقي كان القياس أن يقول استعيرت لانه أسند الى ضمير الذراع وهي مؤنثة لكن ذكر الفـعل على تأويل الذراع بما يذرع به اه لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد يد فيهما جميع أذرع وذرعان بالضم اه وذكر باعتبار الخبر

ومن مشايخنا من قال إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا لأنه جمع بين الوجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرط القبول في الوجود فيفسد العقد كالمو جمع بين حروعه في صفقة وسمى لكل واحد منهما فإنه لا يجوز البيع عنده في الفن خلافا لهما كذلك هذا واسدله بما ذكره محمد في الجامع الصغير رجل اشترى (٩٥) ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة

فاذا أحدهما هروى والآخر هروى فالبيع فاسد في الهروى والهروى جميعا عند ابن حنيفة رحمه الله وعندهم يجوز في الهروى ووجه الاستدلال أن الفاتحة في الصفقة مسئلة الجامع الصغير لأصل الثوب فاذا كان فوات الصفقة في أحد البدين مفسد للعقد على مذهبه فقوات أحدهما من الأصل أولى أن يفسد قال الشيخ وليس يصح لأن عن النافص معلوم قطعا فلا يضر الباقي وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لأنه جعل القبول في المروى شرط للعقد في الهروى وهو شرط فاسد لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وإنما قصد إرادته على الموجود قطعا ولكنه غلط في العدد وهروى بفتح الراء وهروى بسكونها منسوب إلى هرا وهرو قرية بخراسان

وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس يصح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما هروى حيث لا يجوز فيه ما وان بين عن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروى شرط الجواز للعقد في الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترا

المبيعة من الأحاد عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في الذخيرة وأكثرت مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولها ما أما على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لأنه قدس في البعض بنفسه مقارن وهو العدم والأصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهما هروى) يسكون الرأى نسبة إلى قرية من قرى الكوفة أما النسبة إلى هرو والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الرأى فيقال هروى وكأنه للفرق بين القريةتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة وعندهم لا يجوز في الهروى والفاتحة في مسئلة الجامع الصفقة لأصل الثوب وقد فسد في الكل بقواته ففساده في الكل والثابت أحدهما أولى واليه مال الخواري وقال إنه الصحيح عنده وكذلك نسبة شمس الأئمة السرخسي إلى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندي أن هذا قولهم جميعا يعني عدم الفساد في الباقي لأن أبا حنيفة في نظره هذه المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرط في قبوله في الآخر وهذا ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم بل على الوجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فإنه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرط القبول في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم أن كان صريحاً معلوماً ولا يضر فإن في الثوبين أيضاً ما شرط قبوله في المروى صريحاً وإنما المقصود أنه إذا أضاف العقد إلى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرط في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك أن في العشرة أيضاً كذلك فكان قبوله في العاشر شرط القبول فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطاً إلى آخره وحاصل قوله وما قصد إلى آخره ما أشار إليه المصنف وهو أن الشئيين الموجودين الموصوفين بوصف إذا دخل في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطاً لقبول الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً فاسداً في القبول في الآخر بخلاف ما إذا كان معدوماً بذاته ووصفه فإنه ليس حينئذ دخلاً في العقد حتى يكون قبوله شرطاً لغيره العقد في الآخر لأنه معدوم فيجوز ذلك غلطاً لما يجعل شرطاً لم يفسد العقد في الآخر فتدبر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط إنما يتأتى من جهة البائع على معنى أنه إنما أوجب في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطاً لما اشترى لما قبل في عشرة ما كان غلطاً لما تلافى الإيجاب والقبول كالمو عزل تسعة أو ثوب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وإن كان معنى غلطه أنه قصد الإيجاب في عشرة وليس في الواقع التسعة لم يفسد الصحة لأن المفقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لقبوله في التسعة وهذا لأنه جاز في اعتقاد قيام العشرة فإن لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلاً

قال المصنف (فاذا أحدهما هروى) أقول قال ابن الهمام يسكون الرأى نسبة إلى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة إلى هرو والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الرأى فيقال هروى وكأنه للفرق بين قريةتين اه وفيه كلام (قوله لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول لا يقال إذا كان غير مذكور فبأي شيء علم الشرط لأنه لا يعلم من إشارته إليهما حين البيع فليتأمل

قال (ولو اشترى ثوباً أو واحداً) اذا اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذه بأحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذ في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم (فيجزأ عليه) من التجزئة وفي بعض النسخ (٩٦) يجري عليه أى على النصف حكم المقابلة ويخير كالمواضع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولا با)

(ولو اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفي الثاني يأخذ بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله يأخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزأ عليه حكمها ولا ييوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببذل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولا يي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للشترى ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضرمه الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

كما ذكر في باب كتمان حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الاول وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كثر فوجدتها كذلك جازا لا في رواية عن أبي يوسف وان وجدتها كرا أو أكثر فالببيع فاسد وكذا اذا قال على أنها أكثر من كثر فوجدتها كذلك وأن وجدتها كرا أو دونه ففساد ولو قال كرا أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه يخير في الأقل كما لو قال على أنها كرو على هذا اذا اشترى عن يميني كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا في العدييات المتقاربة انتهى ووجه الفساد في الاكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكثر والاكثر منه مقدار معين يعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كرا أو كرين ولا وجه للرواية عن أبي يوسف لان غاية ما في ذلك انه باع صبيرة بشرط أن لا تبلغ المقدار الفلاني والله أعلم (قوله ولو اشترى ثوباً واحداً على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله في الاول يأخذ بأحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وفي الوجه الاول يأخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزأ عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يحب في مقابلة كل جزء إضافي من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه وثلثه بنصفه وهكذا في بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه أى يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزءه كذلك من الآخر وضمير يجزأ يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرره فلا يلزمه الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولا ييوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع بمنزلة ثوب مفرد) بيع على انه ذراع لما عرف أن أفراد الذراع بالثمن يخرج منه عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شيء من الثمن وانما ثبت الخيار له لما ذكرنا من أن في الزيادة نفعاً يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولا يي حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط)

يوسف أن بافراد البذل صار كل ذراع) كثوب على حدة والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسهط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولا يي حنيفة رضي الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما أخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوماً وزال موجب كونه أصلاً فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له بما ناقيل هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي تتفاوت جوانبه كاسر او يسل والقيص والاقبية أما في الكرباس في لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل به شيء ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضمره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعاً منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزاً منها

(قوله كالمواضع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول الاولى

هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة والنقصان بأن يقول كالمواضع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم - وكان - فنقص منها أو زاد ذراع ولا يلزمه رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوباً على انه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم بآية هناك أيضاً ولعل عن ذلك للتفاوت في اطراف الثوب الواحد ولا كذلك اطراف الذراع الواحد منه غالباً (قوله والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعاً الخ) أقول ولم يعين لكل ذراع ثمن بل يبيع على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلاً

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعه في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشري فاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لالان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لانه اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال لان اسم تناوله البناء في العرف (٩٧) فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم (لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها) وهي اذالم تكن داعية للبين لا يتقدم بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى البين فلم يتقدم به وخفت بالدخول بعد الانهدام (ولان البناء متصل به) أي بالارض على تأويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعه

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعه

وكان الاولى أن يقول حكم الاصل أو النوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذ حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فإذا لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن وإذا كان هكذا فلا وجه لثبوت اختياره في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما ويتخير في نقصان لتفرق الصفة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذلك حاصل الوجه المذكور وفي قوله مقيد بكونه ذراعا إشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدارهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

فصل لما ذكر ما ينسقه به البيع وما لا ينسقه ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع ما فيه دخل في بيعها كاسلم المتصل والصور والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحي ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحيانا والمراد بجحر الرحي المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحا البسلة لانها يحجر بها تنقل وتحول ولا تبنى فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحدهم لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها بحث فلو كان البناء من مسمى لنظ الدار لم يثبت وهذا الواطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكأنه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونه دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقتها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومثقه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل ان صغيرا دخل والا وفيه لم يحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائط يدخل ماتحته من الارض وكذا ذكر في الخفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدر ووردون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين

فصل ومن باع دارا (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها ولا في بعضها بل أكثرها لا يبنى على واحدة منهما (قوله مبنية على قاعدتين) أقول بمعنى انه لا يتخلو من البناء على واحدة منهما (قوله على معنى انه ما وضع الخ) أقول أي اتصال ما وضع الخ فالضاف مقدر (قوله وما وضع لان يفصله الخ) أقول يعني واتصال ما وضع الخ (قوله لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول لعل خلاصة الجواب انه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه في البين اذ هي لا تمتنع عن الشيء والبناء لا يكون داعيا الى

(١٣ - فتح القدير خامس) البين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتأمل ثم أقول ويجوز أن يجاب بقبول كون البناء جزءا من الدار فانه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره ألا يرى ان من حلف لا يكلم زيد ان يكلمه بعد ما قطع يده ورجله يحنث مع كونه ماداخلا في زيد واذا بيع دخل يده ورجله في البيع كالأحنث وهذا الكلام اجابني وأصل ما ذكرنا في كتب الأصول في باب الاحكام (قوله اذالم تكن داعية لا يتقدم بها) أقول لا ينسقه بها في العرف (قوله ولان البناء متصل به أي بالارض على تأويل المكان) أقول لم يتقدم ذكر الارض والاولى أن يقال أي بالعرصة نعم ما ذكره صحيح في قوله لانه من

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فأشبه البناء

وخوابي الزياتين وجبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه الميثب كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي أن تدخل كما اذا قال عمرافقها وأما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق **فروع** باع فرسا دخل العبد ارتحت البيع والزام في بيع البعير ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص أو يحكم الثمن ولو باع جارا قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفاً أو غير موكف في فتاوى قاضيان وهو الظاهر فالأكثر فيه كالمسرح في الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل الموقوف في بيع الجارية لانه يتقادم بخلاف الفرس والبعير وليتأمل في هذا باع عبداً أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يورى عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع والبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيباً لا يرجع على البائع بشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعه حارب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسة مائة فالثمن بينهما مائة فان استوائت حافيه فلهو هلك النخل قبل القبض بأربعة مائة وخير المشتري بين الترتك وأخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعاً لايه شئ من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانتفاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابله الاصل وهو له دون التبع ولو باع أنا له الجاهش أو بقرة لها عول اختلف قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل المحول دون الجاهش ولو باع عبد الله مالاً لم يذ كر المال في البيع فماله لولاه وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم والثن كذلك فان كان الثمن أكثر جاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه بيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بأن كان دراهم ومال العبد دانير أو بالقلب جاز اذا تفاض في المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان افرق قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى داراً فوجد في بعض جذوعها مالاً ان قال البائع هو لي كان له فبرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كالقطة ولو قال صاحب علو وسفل لا خير بعت منك علوهذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفلى لصاحب السفلى والمشتري حق القرار عليه **قوله** ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فأشبه البناء ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافاً لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانهم اتفرس للقرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزروع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضيان ولو باع أرضا وفيها أشجار غار تحول في فصل الربيع وتباع ان كانت تطلع من أصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع لا بشرط نتم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصالح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد الانتفاع ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يعمد الملك الرقبة فقد رادبه الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرساد

(واذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غير هاء على الاصح (وان لم يسمه) للاتصال فأشبه البناء

والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان عـ على الشجر غمار فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصته من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أي حنيقة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية كما إذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والقارفين وسور القرية لأن السور يبيق على أصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من المتألفات باع قرية وفيها مسجد واستثناء هل يشترط ذكر الحدود واختلاف المشايخ واستثنى الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود إلا أن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الأرض) لا بالتسمية لانه متصل بها (الفصل) أي الفصل الآتي أباهالات نقاعها (فشابه المتاع الذي فيه) أي في البيع فاندفع ما ورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل جملها في البيع مع انه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التسمية به وأيضا الام وما في بطنها مجانس متصل فدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس بجانس للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل فيه وذلك يتظر أن كان اتصاله للقرار كافي الشجر كان متصلا للعال وفي ثانی الحال فدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال بالجنسية والجزئية وان كان اتصاله للفصل في ثانی الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فان قيل ينبغي أن يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم الجواب بأن الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعيته له والتبعية بأن يكون مستقرا لاتصاله به لا مجرد اتصاله الحال مع انه بعرضية الفصل واتقاء المجانسة ظاهرا فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المتنازع) لنفسه أي يشترى الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع إلا بالاشترط ويدخل في الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوهما من المشهورات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك وأحمد يشترط في ثمر النخل التأبير فان لم تكن أبرت فهي للمشتري والتأبير التلقيح وهو أن يشق عناقيد الكرم ويذرفها من طلع الفعل فانه يصلح ثمرات النخل لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المتنازع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمره للبائع إلا أن يشترطه المتنازع وفي لفظ البخاري من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المتنازع وحاصله استدلال بعقود الصفقة في قوله يلزمه وأهل المذهب ينقون بحجته وقد روى محمد بن جرير في شفعة الأصل عنه عليه

وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل ان في مرويه من تخصيص الشيء بالذ كر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبه ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رحمه الله فهو مباح من المطلق على المفيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بشو له انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم بقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضوا حينئذ فيجب أن يحمل الامار على الامار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الامار علامة الامار

ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في المار وفوض بالحل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فإن البشر ليس في وسعه فصل الحل عن الام قال (ومن باع نخلاً باع نخلاً أو شجرة عليه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته) لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لأن المفقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه السلام الثمرة للبائع الآن بشرط ولم يذكر النخل وقوله (ولأن الاتصال وإن كان خلافاً) فيه إشارة إلى أن الاعتبار للحال الثاني والحال الأولى لا فرق فيما بين أن يكون خليفة أو موضوعاً

(قوله وفيه دلالة على أن ماوضع للقرآن الخ) أقول فيه تأمل فان تخصيص الثمر بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب

(و يقال للبائع سلم المبيع) فارغاً لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي بتركه حتى يسدوصلاح الثمر ويستخصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع) وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد (١٠٠) والجواب اننا لا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستخصد اذ سلمناه

(و يقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستخصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

فعلق به الحكم بقوله نخلنا مؤبراي عنى مثرا وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشتري بعيدا بضاد الاحاديث المشهورة (واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع (يقال له اقلعه وسلم المبيع) لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستخصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله (لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحالمين (وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فانه يترك حتى يستخصد رضى المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يباي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استخصد الزرع يستخصد بكسر الصاد جاء وقت حصاده ايجاب المصنف (بأن هناك) أى في الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الاجرة في التبقية لان تسليم العوض تسليم المعوض ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الاجارة التبقية بالاجرة وعدم تسليم عين الارض في الحال والاول لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الاجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع يتركه الى ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة يتركه بأجر ولا يخص من هذا الآن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك والا فاذ فرق بين البيع والاجارة بأن اقدام البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع بطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغاً لدلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطعه ثم وزعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة فانه أن يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لولم يكن التأخير الى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت لعادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع يبيعهان اشتراها لقطع لا تدخل بالاجماع وان اشترها ببيع عام مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الأرض أصل والشجر تبع فلا ينفصل الاصل تبعاً وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول الشافعي يدخل ما تحتها بقدر غلط ساقها وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والافهوج سدع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتم قدرها وقيل قدر ساقها وقيل بتدبرها عند الزوال وقيل بقدر عروقها والعظام ولو شرط قدر افعلى ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن

لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغاً (قوله هناك) اشار الى الجواب عن المقيس عليه وتقديره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الاجارة أيضا (ولا يتركه الا بأجر وتسليم العوض تسليم المعوض) لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لماسيأى (ولا فرق بين أن يكون الثمر بحاله قيمة أو لم يكن) في كونه للبائع (في الصحيح) وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح أن يبعه منفردا يصح في أصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذ لم يكن موضوعا للقرار

(قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول أنت خبير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم ان العرف

في أمثال ذلك عدم القطع الى وقت البدو والاستخصد فتأمل والله الموفق للرشاد قال المصنف (قلنا) يكون هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض (أقول لا يقال الاجر عوض المنفعة لا الارض فلا يتم التقريب لان المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما سيجي) (قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لماسيأى) أقول يعني سيأى من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله لماسيأى في جواب عن قوله لا يقال (المن)

(قوله وأما إذا بيعت الأرض) يعني معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم تكن له قيمة (وأما الأرض إذا بيعت وقد بذر فيها) صاحبها ولم يثبت فأنه لا يدخل في البيع لأنه مودع فيها كالمنازع) وذ كر في فتاوى الفضلي ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض وأما إذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعاً (١٠١) (ولونبت ولم يصرفه قيمة) قال أبو القاسم الصغار

لا يدخل وقال أبو بكر الاسكاف

يدخل قال الشيخ (وكأن) وصح بعض الشارحين تشديد النون (هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه) يعني فن جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجز له تابعه غيره ومن لم يجوز جعله تابعاً مشافراً كغير شفته والجمع مشافر والمناجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل قال (ولا يدخل الزرع والنثر) أعلم أن الانفاظ في بيع الأرض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة الأول أن يقول بعث الأرض أو الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعث بمحقوقها ومرافقها والثالث بعث بكل قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها والرابع بعث بكل قليل وكثير هوله فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والنثر لأن الحق في العادة كالماء متبع لا بد للبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يتفق به وهو مختص بالتوابع كسبيل الماء والزرع والثمر ليسا

وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم يثبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمنازع ولونبت ولم يصرفه قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والنثر بذ كالحقوق والمرافق لأنهم ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخل فيه لما قلنا وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها خلا فيه أما النثر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المنازع لا يدخل إلا بالتصريح به

يكون له قيمة أولاً في الصحيح احتراز عن قول البعض أنه إن لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الحالتين إن كان له قيمة أو لم تكن وعلمه أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعاً لغيره بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفرداً ولكنه موضوع للقرار (قوله) وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم يثبت لم يدخل لأنه مودع فيها كالمنازع) هكذا أطلق المصنف وكذا أطلقه غير واحد وفيه في الذخيرة بما إذا لم يعفن أما إذا عفن فهو للمشتري لأن العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري والأقرب البائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم يصرفه قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجع المصنف منها شيئاً ورجع في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب أنه يدخل نص عليه القاسم ودور في شرحه وفي شرح الاسيحي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل هذا إذا صار الزرع مثقوماً أي لا يدخل فإن لم يكن مثقوماً يدخل الزرع من غير ذكر قال وإنما تعرف قيمته بأن تقوم الأرض مبدورة وغير مبدورة فإن كانت قيمته مبدورة أكثر من قيمته غير مبدورة علم أنه صار مثقوماً وانتهى وبهـ مظاهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقاً ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقاً والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا وكان المناسب أن يقول تقوم الأرض بذلك الزرع وبه فإن زاد قال أنه قيمته وأما تقويمها بمبدورة وغير مبدورة فأنما يناسب من يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلمه بأنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة قال المصنف (وكأن هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى أن كلاماً من الاختلافين مبني على سقوط تقويمه وعدمه فإن القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقويمه والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الخس كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثانی الحال (قوله) ولا يدخل الزرع والنثر بذ كالحقوق والمرافق الخ) يعني إذا باع أرضاً فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجراً فقط وعليه ثمر وقال بعثها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والنثر بذلك لأنهم ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هوله فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخل أيضاً لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هوله فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها خلا هذا في المنفصل بالأرض والشجر

كذلك فلا يدخل لأن وفي الرابع يدخلان لموم اللفظ هذا إذا كان في الأرض أو على الشجر وأما إذا كان الثمر مجذوذاً والزرع محصوداً فهو بمنزلة المنازع لا يدخلان إلا بالتصريح به

(قوله وصح بعض الشارحين) أقول أراد الاتفاق (قوله يذ كالماء متبع) أقول أي للبيع

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) يبيع الثمر على الشجر لا يخلو ما أن يكون قبل الطهور أو بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بصلاحها
بصلاحها لا تنفع بني آدم أو علف الدواب أو لم يبد لأنه مال منقوم لكونه منتفعا به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الخش
والمهر وذ كرمش الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع
التمر قبل أن يبد صلاحه ولأن البيع يختص بمال منقوم والتمر قبل بدو صلاحه ليس كذلك قال الشيخ والاول أصبح يعني رواية
ودراية أما الاولى فلما أشار إليه محمد رحمه الله في باب العشر ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على
المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا في أول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري وأما الثانية فلأنه مال منقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه
مقتضى الحثي جواز بيع المهر والخش (١٠٣) وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث أن تأويله إذا باعه بشرط الترك

أو أن المراد به انتهى عن
بيعهما لما بدليل قوله صلى
الله عليه وسلم لم أرايت لو
أذهب الله الثمرة لم يستحل
أحدكم مال أخيه وإنما
يتوهم هذا إذا اشترى بشرط
الترك إلى أن يبد صلاحها
أو بطريق السلم وإذا جاز
البيع وجب على المشتري
قطعهما في الحال تفريغ المالك
البائع قوله (وهذا) إشارة
إلى الجواز أي الجواز إذا
اشترى مطلقا أو بشرط
القطع) أما إذا قال اشترته
على أني أنزكه على النخل
فقد فسد البيع لأنه شرط
لا يقتضيه العقد لأن مطلق
البيع يقتضي تسليم العقود
عليه فهو وشرط القطع
سواء كان تركها على النخل
شغل ملك الغير أو أن في هذا
البيع صفقة في صفقة لأنه
إعارة في بيع أو إجارة فيه
لأن تركها على النخل إما أن

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بد صلاحها) لأنه مال منقوم إما لكونه منتفعا به في الحال
أو في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل أن يبد صلاحها والاول أصح (وعلى المشتري قطعها في الحال)
نفي عن المالك البائع وهذا إذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط تركها على النخل فسد البيع)
لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة وهو إجارة أو إجارة في بيع وكذا
بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله لما قلنا
أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قبيل وكثير هو فيها لم ينص عليه والمجذوذ
بدلين مهملتين ومعجمتين بمعنى واحد أي المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله)
ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا في عدم جوازه بعد
الظهور وقبل بدو صلاحه بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو صلاحه بشرط القطع فيما ينتفع به
ولا في الجواز بعده بدو صلاحه لكن بدو صلاحه عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو
ظهور النضج وبدو صلاحه والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو صلاحه على الخلاف في معناه لا بشرط
القطع فعند مالك والشافعي وأحمد لا يجوز وعندنا أن كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب
خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه فاضحان لهامة شايخنا والجمهور أنه يجوز لأنه مال منتفع به
في ثلثي الحال إن لم يكن منتفعا به في الحال وقد أشار محمد في كتاب الزكاة إلى جوازه فإنه قال لو باع الثمار
في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر
على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب
والا فلا تنفع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكثير أول
ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعالا لأوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا
للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري في
الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تنهاى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه
فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة
واختاره الطحاوي إجموع البلوى وفي المنتقى ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قوله ما في صورتين (أنه)
شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو (صفقة في صفقة) لأنه إن شرط بلا إجارة فشرط إجارة في

يكون بأجر أو غيره والثاني إجارة وذلك منهى عنه وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة أن لو جازت إجارة الأشجار أو البيع
أجارتها وليس كذلك نعم هو أغما يستقيم فيما إذا باع الزرع بشرط الترك فان أعارتها أو أجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة هذا إذا كانت الثمرة

(قوله وأما الثانية إلى قوله يعصى إلى نفي جواز بيع المهر والخش وهو نائب بالاتفاق) أقول إنما يستقيم القياس أن لو جاز تركه إلى
الزمان الثاني كما في المقس عليه (قوله والجواب عن الحديث إذا باعه بشرط الترك) أقول فيكون النقيض بقوله قبل أن يبد صلاحه بناء
على أن اشتراط الترك في الأغلب يكون فيه (قوله وإنما يتوهم هذا) أقول أي أذهب الله الثمرة (قوله فقد فسد البيع إلى قوله لأن
مطلق البيع يقتضي تسليم العقود عليه) أقول أنت خبير بأن شرط الترك على النخل لا ينافي في تسليم العقود عليه على ما سيحكي وفي
مسئلة حديث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية في نقر يرد كما لا تخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله وفيه تأمل
إلى قوله وليس كذلك) أقول إجارة الأشجار ينبغي أن تجوز ويدل عليه ما نقله العلامة السكاكي عن الجامع الأصغر فراجع

لم يتناه في عظمها وأما إذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وهو القياس لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد وأما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الحزب المعدوم وهو الذي يزيد لغيره في الأرض أو الشجر والجواب أنا لا نسلم أن التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتر كها فإن كان باذن البائع طاب له الفضل وإن كان بغيره تصدق بما زاد في ذاته بأن يقوم بذلك قبل الإدراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل (١٠٣) ما بينهما إلا ما زاد حصل بجهة محظورة وهي

حصولها بقوة الأرض المعصوبة وإذا تركها بغير إذن بعد ما تناهى لم يتصدق بشئ لأن هذا تغير حاله من الشيء إلى الشيء لا يتحقق زيادة في الجسم فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع بغير إذنه شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلوّنوها والكواكب تعطيها الطعم وإن اشترىها مطلقاً عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستئجار النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لبطء الانجاء النخيل لعدم التعارف فإن التعارف لم يجز فيما بين الناس باستئجار الأشجار ولعدم الحاجة إلى ذلك لأن الحاجة إلى الترك بالأجارة إنما تحقق إذا لم يكن مخلص سواها وهما يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سئد كرهه وإذا بطلت الأجارة بقي الاذن معتبراً فيطيب له النضج لأن قيل لا نسلم بقاء الاذن فإنه ثبت في ضمن الأجارة وفي

واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الحزب المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر ولو اشترىها مطلقاً وتركها باذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لأن هذا تغير حالة لا يتحقق زيادة وإن اشترىها مطلقاً وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الأجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبراً بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدركه وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الأجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبيثاً البيع أو بأجرة فشرط أجارة فيه ومنه لهدا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا بالتعامل كذلك فيما تناهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه وما لم يتناهى به يجوز لأن العادة تركهم إياه إلى الحد الذي يقول بغيره فيه لما فيه من اشتراط الحزب المعدوم وهو الأجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر إلى أن يتناهى العظم ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لعمد الإبداء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه إذا القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل فيكون ما لم يتناه على أصل القياس إنما يكون لعدم التعامل فيه والحزب المعدوم طرد ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه فأما باذن البائع إذا نجرد أو باذن في ضمن الأجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك أو بلا إذن ففي صورتين الأولىين يطيب له الفضل والا كل أمافي الاذن المجرد فظاهر وأما في الأجارة فلأنها أجارة باطلة لعدم التعارف في أجارة الأشجار والحاجة فإن الحاجة ليست بمتعينة في ذلك وإنما تعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار وهما يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فإنه يستدعي شراء ما لا حاجة له إليه أو ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافق البائع على بيع الأشجار فالأولى وأصل الأجارة مقتضى القياس فيها البطء لأن الشراء أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في أجارة الأشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجاراً ليخفف عليها ثباته لا يجوز ذكره الكرخي وإذا بطلت بقي الاذن معتبراً فيطيب بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الأجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجرها جارتهم وإنما فاسدت للجهالة الأجل فأورثت خبيثاً أما هنا الأجارة باطلة وباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب أمافي الفاسدة له وجود فكان الاذن ثابتاً في ضمنه باعتبارها فنع وهما صار الاذن مستقلاً بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الإسلام أن كان جاهلاً بطلان الأجارة وفي الثانية لا يطيب له ويتصدق بما زاد لأنه حصل بجهة محظورة أما إذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشتري بغير إذن البائع فإنه لا يتصدق بشئ لأنه لم يزد في ذاته شيء وهذا قول المصنف (لأن هذا تغير حاله لا يتحقق زيادة) أي تغير من وصف إلى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه ثم

بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالو كالة الثانية في ضمن الرهن تبطل بطلان الرهن أحجب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا يتحقق له أصلاً ولا وصفاً شرعاً على ما عرفت والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل بطلان بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبراً بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدركه وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الأجارة فاسدة للجهالة وقت الزرع فإن قوله وهما يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ أقول إنما يمكن لا يشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك وبلغ ما يقدر عليه المشتري من النقود إلى مقداره فتمت وبكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبهه غرار الأشجار بالذبحان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول وصح ما ذكره من تصح الأجارة مطلقاً هذا المخلص بعينه بل المخلص فنه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

الادراك قد تقدم لشدة
الحرق وقد يتأخر للبرد والفساد
ماله نجدة من حيث الاصل
فأمكن أن يكون متضمنا
اشيء ويفسد ذلك الشيء
لفساد المتضمن واذا انتفى
الاذن كان الفضل خبيثا
وسيله التصديق ولو اشترى
الثمار مطلقا عن القطع
والترك على التخييل وتركها
وأثرت مدة الترك ثمرة أخرى
فان كان قبل القبض يعني
قبل تخلية البائع بين المشتري
والثمار ففسد البيع لانه
لا يمكن تسليم المبيع لتعذر
التمييز وان كان بعد القبض
لم يفسد البيع لان التسليم
قد وجد وحدث ملك للبائع
واختلط بملك المشتري
فيشترى كان فيه للاختلاط
والقول في مقدار الزائد
قول المشتري لان المبيع
في يده فكان الظاهر شاهدا
له هذا ظاهر المذهب وكان
شمس الأئمة الحلواني يفتي
بجوازها ويرغم انه مروي
عن أصحابنا وحكى عن
الشيخ الامام الجليل أبي بكر
محمد بن الفضل البخاري
رحمه الله انه كان يفتي
بجوازها ويقول اجعل
الموجود أصلا وما يحدث
بعد ذلك تبعا ولهذا شرط
أن يكون الخارج أكثر

(قوله وكان شمس الأئمة
الحلواني رحمه الله تعالى
يفتي بجوازها) أقول في
الصورة الأولى أيضا

ولو اشترها مطلقا فأثرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز
ولو أثرت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره

عليه ثم غصب المذنبه يتعلق به لا بالعين المبيعة بانبثا خبث فيها وجه قول الشافعي وباقي الأئمة في
الخلافية ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
وعن بيع النخل حتى ترهوقيل ومارزهو قال تحمرا أو تصفارا وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان إذا سئل عن صلاحها قال حتى
تذهب عاهتها أو أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتمد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا
الأمن حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة
والسلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط الممتاع فجعل له المشتري بالشرط فدل على
جواز بيعه مطلقا لانه لم يقد دخوله في البيع عند اشتراط الممتاع بكونه بذا صلاحه وفي موطأ مالك عن
عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجها وقام حتى تبين
له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيه له خنفا لا يفعل فذهبت بالمشتري إلى النبي صلى الله
عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يأبى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأبى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال هوله ولولا صحة البيع لم تترتب الإقالة عليه أما النبي المذكر فرفهم قدر كواظا هره فأنهم أجازوا
البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمطوقه فقد اتفقنا على انه ترك
الظاهر وهو لا يحل أن لم يكن لموجب وهو عندهم تعليله عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم
أرأيت أن منع الله الثمرة ثم يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مبركة
قبل الادراك ومنهية قبل الزهو وقد فسرها أنس رضي الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر وفسرها
ابن عمر بأن تأمن العاهة فكان النهى عن بيعها بحجرة قبل الاحرار ومصرفه قبل الاصرار أو أمانة
من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع فنهى عن هذا
البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهية عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب
حتى يسود وهو لا يكون عنيا قبل السواد بغيره فانه قبله حصره فكان معناه على القطع النهى عن بيع
العنب عنيا قبل أن يصير عنيا وذلك لا يكون الا بشرط الترك إلى أن يبدو صلاح ويدل عليه
تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت لو منع الله الثمرة ثم أخذ أحدكم مال أخيه فالمعنى اذا
بعموه عنيا قبل أن يصير عنيا بشرط الترك إلى أن يصير عنيا فنع الله الثمرة فلم يصير عنيا ثم يستحل أحدكم
يعنى البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي وإذا صار
محال النهى ببيعها بشرط تركها إلى أن تصلح فقد قضينا عهد هذا النهى فانا قد أفسدنا هذا البيع
وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه
الخلافية بالحديث وحديثه فالحديث المذكور انما فيها أعني حديث التأبير سالم عن المعارض وكذلك
المعنى وهو أنه يبيع منتفع به في الحال أو في نائي الحال إلى آخره وبه هذا التقدير يظهر أن ليس حديث
التأبير عامارضا خاص وهو حديث بدو الصلاح وان التراجع هنا ينبغي أن يكون للخاص لانه مانع
وحديثنا مبيع بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن بيع ما لم يبدو صلاحها ما بشرط
القطع وهو جائز انقا فالانه غير متناول للنهي لما ذكرنا وما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان بمنزلة
بشرط القطع فلم يبق محال النهى الا ببيعها بشرط الترك ونحن فائلون بأنه فاسد (ولو اشترها مطلقا
فأثرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبهه هلا كه قبل
التسليم (ولو أثرت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره) مع يمينه

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده يشتركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازها فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصل لتحصل الزيادة على ملكه وله - إذا قال شمس الأئمة السرخسي إنما يجوز بعمل الموجود أصلاً والحادث تبعاً إذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها أرطالاً معلومة لم يجوز خلافها لك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس الخيل أو عرة مجدودة وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على الخيل وأما بيع المجدود فمخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال إذا باع الثمر على رؤس الخيل - لالأصنام منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجدوداً وموضوعاً على الأرض فباع الكل الأصابع يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء واستدل بقوله (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) (١٠٥) والجمهور لا يرد عليه العقد

وهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيهما سواء (بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي مع - لموم بالمشاهدة) كم هي نخلة قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة وأجيب بأننا لنسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعاً من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أردأ - الثمر فيفضي إلى النزاع - بلنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شيء منه - فلا يكون الثمر الأقدم المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كلاً يصح مثله في المضاربة هذا المعنى وعن هذا قال بعض

لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة) خلافاً لما لا رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي أم على ظاهر الرواية

(لأنه في يده وكذا في) يبيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتراكاً لما ذكرنا وكان الحكم لو أنى يفتى بجوازها في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا لو كذا حكى عن الإمام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع فله سهم من الأئمة عنه ولم يبقه عنه - يكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عادت - مخرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو يبيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ثم جواز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه اللوازم الصعبة (أن يشتري) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة - لم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها ياتي الثمن وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع بفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الأذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الأذن كان مأذوناً في الترك بأذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة خلافاً لما لا) أجازة قياساً على استثناء شجرة معينة فلنا قياس مع الفارق لأن الباقي بعد إخراج المستثنى غير مشار إليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولاً بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالإشارة (قالوا هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي) والشافعي وأحمد رحمه الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لأنه انبقي شيء بعد إخراج المستثنى فظاهر وإن لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلاً لأنه مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لأن وروده - ذاع على التعليل يجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة وانفق أنه بقي مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية

(١٤ - فتح القدر خامس) الشارحين يشير إلى هذا قوله (أرطالاً معلومة) ورد بأنه لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو رطلاً واحداً فالحكم كذلك وبأنه لا يخلو إما أن يبقى شيء بعد الاستثناء أو لا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الأول - فإن الباقي بعد الاستثناء معلوم استثنى معلوماً سلماً أن الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فلا ينعى حينئذ - استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المال وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصار مجهولاً وفيه نظر لأنها ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول فيه بحث فإن اللازم منه أن من قال بالاول قال بالثاني والعكس ليس باللازم (قوله فيبطل الاستثناء

ينبغي أن يجوز (يريد به على قياس ظاهر الرواية) فإن حكم هذه المسئلة لم يذ كر في ظاهر الرواية صريحاً ولا هذا قال ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثنائه وفي بيع أطراف الحيوان فيه وجه لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثنائه وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وأفراد العقد يقتضي أن يكون العقود عليه مقصوداً معلوماً فافتشاً كافي المقصد والعلم بما جاز أن يقع مقصوداً عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعثك هذه الصبرة بكذا الاقفيزاً منهم درهم صم في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد عليه وأما لو قال بعثك هذا القطيع من الغنم الاشاة منها بغير عيئة اجمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز إفراده بالعقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز إفراده بالعقد عليه فيجوز استثنائه وكذا الحكم في جميع العدييات المتفاوتة (١٠٦) كالتياب والعبيد بخلاف الكمل والوزن والعددى المتقارب فإن استثناء قدر منه

وإيراد العقد عليه جائز لأن الجهالة لا تقضى إلى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها اجمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم كله على أن في هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن إفرادها إخراجاً بمحصتها من الثمن فلا جهالة فيه وأما في الشرط لأن الشاة دخلت أولاً في الجملة ثم خرجت بمحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعثك

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه بخلاف استثنائه الحامل وأطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثنائه (ويجوز بيع الخنطة في سنبلها والباقي في قشره) وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبل قولان وعندنا يجوز ذلك كله له أن العقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبهه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه بخلاف استثنائه الحامل (من الجارية الحامل أو الشاة) وأطراف الحيوان لا يجوز) كما اذا باع هذه الشاة الا لبيتها وهذا العبد الا يده فيصير مشتر كتميزه بخلاف ما لو كان مشتر كاعلى الشيوخ فانه جائز وانما قال ينبغي لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وهو أن كل ما جاز إفراده بإيراد العقد عليه جاز استثنائه ويصير الباقي مبيعاً إلا أن عدم الجواز أقيس بذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناءه إبطال معلومة مما على الاشجار وان لم يقض إلى المنازعة فالخاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطله فلا يس بلزم أن ما لم يقض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع ألا يرى أن المتبايعين قد تراضوا على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك معصياً وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ الا تلك الارطال فبعد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال لا تستغرق السكل والا فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الخنطة في سنبلها والباقي في قشره) وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الاول عنده وله في بيع الخنطة (في السنبل قولان) وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها (وعندنا يجوز ذلك كله له أن العقود عليه) وهو المبيع (مستور بما لا منفعة فيه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه

هذا العبد الا عشرة فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشرة لم يصح قيل ولقائل أن يقول سلمنا أن إيراد العقد بجامع على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب اننا لانسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوماً لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه لا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع قال (ويجوز بيع الخنطة في سنبلها) بيع الشئ في غلافه لا يجوز الا لبيع الحبوب كخنطة والباقي (والارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفسق في قشره في قوله الاول) وكذلك بيع الخنطة في قوله الجديد واستدل بأن العقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بمثله

أقول فيه بحث (قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز إلخ) أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية (قوله واستثناءها جائز لكن لا نسلم) أقول فيه بحث فانه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للتعقيل

ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لأنه استدلال بفهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فإن النبي يقتضى المشروعية كما عرف (قوله ولأنه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستنور بما لا منفعة له ونقر به لأن سلم أنه لا منفعة فيه بل هو أى المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل القولية شهد بذلك وإن الجبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو الانتفاع لاحتمال جاز اليجوز بيع كبيع الشعير بجماع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز (١٠٧) أيضا الشبهة الربا لجهالة قدر ما في السنبلة فإن قيل ما الفرق بين مسئلتنا

وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى عرقى عر بعينه وهما سبان في كون المبيع مغلفا أوجب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبله ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر اليه أشار أبو يوسف رحمه الله قال (ومن باع دار الخ) الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالفتاح اذا باع دارا دخل في البيع أغلقها بنساء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه لئلا كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها البقاء والفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لأنه كالجزء منه اذا انتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فإن قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه

ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا الشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في السنبال (ومن باع دارا دخل في البيع مفتاح أغلقها) لأنه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها البقاء والفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه

بجماع استتاره بما لا منفعة فيه والمعول في الاستدلال نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع العرور وفي هذا عرر فإنه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنبال والمبيع ما يريد به الحب لا السنبال فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض) رواه مسلم وأصحاب السنن الاربعة ويقال زها النخل والتمر يزهو وأزهى يزهى لغة في الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الاصمعي الربا بانه يزهى كما نقل الزمخشري عن الغير انكار يزهو الثلاثية لا يقال أنتم لم تهلوا بصدر الحديث لانا نقول قدينا ناعا ملون وان الاتفاق على انحطاط النهى على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولأنه مال متقوم معه لوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا ما أنه مال متقوم فظاهر واما أنه مع لوم فلا نه مشار اليه وبالإشارة كفاية في التعريف اذا المانع من رؤية عينها لا يحل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على التحريم شرطا والامتنع بيع الصبرة المشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى عرقى عر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز مع أنه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن النوى هناك معتبر عماها الكافي العرف فإنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في عره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبله وهذا اللوز فستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فإنه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والا كارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله وكذا الباقي واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لأنه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل في البيع مفتاح أغلقها) المراد بالغلق مانسبه ضبة وهننا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء لا اذا كانت موضوعة

فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب أن الداخل في الداخل في الشيء داخل لاحتقاره وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق قلنا الانتفاع به لا يمكن الا بالطريق مطلقا ومن حيث السكنى والاول ممنوع فإنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها الاحالة والثاني مسلم ولهذا

(قوله وفيه نظره لانه استدلال بفهوم الغاية) أقول في نظره نظران (قوله والاولى أن يستدل بقوله نهى الخ) أقول فيه بحث فان في الاستدلال ما ذكره اعترافا بفساد العقد (قوله والداخل في الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كالجزم منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الخ) أقول ولعل مثل هذا التمسك في المتنازع فيه فتأمل

دخلى الطريق في الاجارة
ولكن ليس الكلام في ذلك
والفعل ومفتاحه لا يدخلان
والسلم ان اتصل بالبناء من
خشب كان أو حجر يدخل
وان لم يتصل لا يدخل قال
وأجرة الكيل وناقدا الثمن اذا
باع المكيل مكايلة أو الموزون
موازنة أو المعدود عددا
واحتاج الى أجرة الكيل
والوزان والعداد فهى على
البائع لان التسليم واجب
عليه وهو لا يحصل الا بهذه
الافعال وما لا يتم الواجب
الايه فهو واجب وأما أجرة
ناقدا الثمن ففي رواية ابن رستم
عن محمد بن علي البائع وهو
المذكور في المختصر وفي
رواية ابن سماعة عنه على
المشتري وجه الاول ان
النقد يكون بعد التسليم
لانه انما يكون بعد الوزن
وبه يحصل التسليم والبائع
هو المحتاج الى النقد ليميز
ما يتعلق به حقه من غيره أو
يعرف المعيب ليرده ووجه
الثانية ان المشتري هو المحتاج
الى تسليم الجيد المقدر
والجودة تعرف بالنقد كما
يعرف القدر بالوزن وبه
كان يفتى الصدر الشهيد
وأجرة وزن الثمن على المشتري
لانه المحتاج الى تسليم الثمن
وبالوزن يتحقق التسليم

اذ لا ينتفع به بدونه قال (وأجرة الكيل وناقدا الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على
البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزن والذراع والعداد وأما النقد فالمدكور رواية ابن رستم
عن محمد بن علي لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز
ما يتعلق به حقه من غيره أو يعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى
تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزن
الثمن على المشتري لما يحتاجه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن
قبل للمشتري ادفع الثمن أولا) لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ايتعين حق البائع
بالقبض لما لانه لا يتعين بالتعيين

في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تتركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة
لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد به هذه الالواح ما تنسجى في عرفنا بصدر رايب المكان وقد
ذكر فيها عدم الدخول ولا معقول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الا به) اجيب بجمع ان شراء الدار مقصور
على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك لا يأخذ بالنفقة بواسطة أو يتجر بها ولذا لما كان
العقد عليها مقصورا على ذلك كافي الاجارة أدخلنا الطريق  فرع يناسب ما نحن فيه من حيث
انه يتناول البيع بالتصميم من المالك عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم
يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتريه
وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضى به هذا ففسخ دلاله فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري أن
يشترى به وانما كتبته لانها كثيرا ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيل ووزان المبيع وذراعه وعاده)
ان كان البيع بشرط الكيل والوزن والذراع أو العدة (على البائع) لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق
ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولا ينكح من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع
مكايلة أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة وأجرة وزن الثمن على المشتري باتفاق الاثمة
الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتميزه عنه فكانت مؤنثة عليه وأما أجرة نقدا الثمن فاختلف الرواة
والمشاخ فروى ابن رستم عن محمد بن علي البائع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه
بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تميز حقه وهو الجيد عن
غير حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتى الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم
الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد بن علي أجرة النقد على من عليه
الدين كافي الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين وفي
الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء برده
بمعيب الزايفة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على
البائع وصحباني وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على
المشتري ولو اشترى حنطة في سنبلة فاعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو
المختار وقطع الغنم المشتري جزا فاعلى المشتري وكذا كل شيء باعه جزا فاكثوم والبصل والجزا اذا
خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلى البائع بينها وبين المشتري اكل من الخلاصة
(قوله ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا) لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع
الثمن لتعيين حق البائع بالقبض لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف
(انهم لا يتعين بالتعيين) في البيع فلا بد من تقديم قبضها لئلا يساوي ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري
دفع الثمن والبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للبيع

تحقيقاً للمساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنين قيل لهما سلعا) لاستواءهما في التعيين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع

ولو أخذ بالثمن كفيلاً أو رهن المشتري به رهنأ مالو حال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا إذا
أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد بن وهب روايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية إذا
أحال البائع به رجلاً سقط وإذا أحال المشتري البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع
في جميع زمان حبسه فلو هلك في يدي البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بان كان حيواناً فقتل نفسه أو
بأمر سماء أو بطل البيع فان كان قبض الثمن أعاده إلى المشتري وان كان بفعل المشتري فعله ثمة ان
كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً الزمه ضمان مثله
ان كان مثلياً أو قيمته ان كان قيمياً وان هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع
إلى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثلي والمثل والافالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل
لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه
الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنين
قيل لهما سلعا) لاستواءهما في تعيين حق كل منهما قبل التسليم فليجاب تقديم دفع أحدهما بعينه
على الآخر تحكم في دفعه معاً ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع أن
يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر
في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على
صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مذكراً غير مشغول بحق غيره وعن البري المتاع غير البائع
لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع ودية عنده وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول
القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه
برأسه وصاحبه عنده ففاده فهو قبض دابة كان أو بعيراً وان كان غلاماً أو جارية فقال له المشتري تعال معي
أو امس خطي معه فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب أن أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو
موضوع على الأرض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع
الفاقد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض
وان دفعه ولم يقل شيئاً لا يكون قبضاً ولو باع داراً غائبة فقال سلمتها اليك وقال قبضتها لم يكن قبضاً وان كانت
قريبة كان قبضاً وهي أن تكون بحال بقدر على إغلاقها وما لا يقدر على إغلاقها فهي بعيدة وأطلق
في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعد عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر إذا باع ضيعة
وخلى بينه وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قبضاً أو بعد لا يصير قبضاً قال والناس عنه غافلون
فانهم يشترون الضيعة بالسود ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس
الأئمة يصح القبض وان كان العقار غائبا عنهم ما عند أبي حنيفة خلافاً لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح
في بيع الدار تسليم اذا تم له فتحه من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقر في السمح فقال البائع اذهب
واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضاً ولو باع خيلاً ونحوه في دن وخلى بينه وبين
المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوباً فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه
حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام
لا يصح ولو اشترى طيراً في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب
فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح ولو
اشترى فرساً في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان أمكنه أخذهما من
غير عون كان قبضاً وهو تأويل مسألة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع

قال ومن باع سلعة ببيع
السلعة مجزئاً إيمان يكون
بثمن أو بسلعة فان كان
الاول يقال للمشتري ادفع
الثمن أو لالان حق المشتري
تعيين في المبيع فيقدم دفع
الثمن ليعين حق البائع
بالقبض لكونه مما لا يتعين
بالعين تحقيقاً للمساواة في
تعيين حق كل واحد منهما
وفي المالية أيضاً لان الدين
أنقص من العين وعلى هذا
اذا كان المبيع غائباً عن
حضرتهما فلا يشتري أن
يمتنع عن تسليم الثمن حتى
يحضر المبيع ليمكن من
قبضه وان كان الثاني يقال
لهما سلعا لاستواءهما في
التعيين فلا يحتاج إلى تقديم
أحدهما بالدفع والله أعلم
بالصواب

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قال (خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازماً وأخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لأنه يمنع (١١٠) لزوم الحكم وانما كان عليه في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في

البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بدم من العمل به فأظهرنا عليه في منع الحكم تقليلاً لعمله بقدر الامكان لأن دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع فاسد بالاتفاق كما إذا قال اشترت على اني بالخيار أو على اني بالخيار أياً ما أوعلى اني بالخيار أبدأ أو جائز بالاتفاق وهو أن يقول على اني بالخيار ثلاثة أيام فادونها ومختلف فيه وهو أن يقول على اني بالخيار شهراً أو شهرين فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لأحد العاقدين أو لهما جميعاً أو شرط أحدهما الخياراً غيره وجه قول أبي حنيفة في الخلافية ما روى ان حبان بن منقذ كان يفتي في البياعات المأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا باعت فقل لا خلاية ولى الخيار ثلاثة أيام والخلاية الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فادونها) والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضى الله عنه كان يفتي في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام اذا باعت فقل لا خلاية ولى الخيار ثلاثة أيام

را كهما فقال المشتري اجماني معك فعمله فعميت هلك على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليه سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضاً والافلا ولو كانا را كين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضاً كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معا

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قد عرف أن البيع عليه حكمه من لزوم تعا كس المالكين في البديلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذ كر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظاهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لئيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماء ومعنى لاحقاً والمستلزم علة اسماء ومعنى وحكماً وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حصرية المبيع فلا ينقصد المبيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلاً فيه كانه قطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطاً فردة عن سنته ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استئثار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واصافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعيته جعلناه داخل في الحكم مانعاً من ثبوته تقليلاً لعمله بقدر الامكان وذلك لان علة اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقلنا شبهه ولفائل أن يقول القمار ماحرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما يضعه الشرع سبباً للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد القلاني في ورقة مثلاً سبباً للملك والخطر رد في ذلك لأثره نعم نجه أن يقال اعترضناه في الحكم تقليلاً بخلاف الاصل وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن المالك هل يثبت أولاً (قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري وله ما ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الطرف أى في ثلاثة ورفعهما على انه خبر مبدأ محذوف أى هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى قاضى بخان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلاً ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحیح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضى الله عنه كان يفتي في البياعات الحديث روى الحاك في

كذلك فهو مفسد الا انا جاوزنا بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع المستدرك

﴿ باب خيار الشرط ﴾

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول لللازم وغيره قلنا يكفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل

والمدكور في النص هو المشتري فكما عديتم فحين له الخيار فليتعذر في مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان
البائع في معنى المشتري في معنى المتأط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها (١١١) لان معنى الفرق يمكن بزيادة المدة فيزداد

الغرر وهو مفيد

وله ما حديث ابن عمر

رضي الله عنهما ان النبي

صلى الله عليه وسلم اجاز

الخيار الى شهرين ولان

الخيار انما شرع للعاجلة

الى التأمل ليندفع الغبن

وقد غس الحاجة الى الاكثر

فكان كثير المدة كقليلها

فيلحق به وصار كالتأجيل

في الثمن فانه جائز قلت المدة

او كثرت للعاجلة

والجواب ان حديث حبان

مشهور فلا يعارضه حكاية

حال ابن عمر سلما انهما سواه

ليكن المذكور في حديث

ابن عمر مطلق الخيار فيجوز

ان يكون المراد به خيار الرؤية

والعيب وانه اجازا لردهما

بعد الشهرين ولا نسلم ان

كثير المدة كالتأجيل في

الحاجة فان صاحب الخلابة

كان مصابا في الرأس فكان

أحوج الى الزيادة فلوزادت

كان أولى به فدل على أن

المقدر لنفي الزيادة سلما

ليكن في الكثير معنى الغرر

أزيد وقد تقدم والقياس

على التأجيل في الثمن غير

صحيح لان الاجل يشترط

للاقدرة على الاداء وهي انما

تكون بالبيع وهو

لا يحصل في كل مدة فقد

يحتاج الى مدة طويلة

(ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي وقالا (يجوز اذا سمى مدة معلومة الحديث
ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين)

المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا
ضعيفا وكان قد أصابته في رأسه ما مومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام
فيما اشتره وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لم يبع وقال لا خلابة وكان يشتري
النبي فيجبي به الى اهله فيقولون له هذا غال فقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي
وسكت عليه وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمجزة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا
سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رحمه الله والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط
رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصرة خيار ثلاثة ايام في البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار
ثلاث فيما ابتاع انتمينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا
من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل
لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل ساعة ابتعت ا ثلاث ليل قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان
قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن
محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابه أمة في رأسه فكسرت لسانه وكان
لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له الحديث وهو يقتضي
أن المقول له منقذ بن عمرو ولا حبان ابنه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه
البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد ذكره قال وعاش
مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالأكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه ذكر
ذلك السهلي في الروض الانف وكذا رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة
والسلام لمنقذ بن عمرو وقال لا خلابة واذا بيعت بيعا فانت بالخيار ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح
لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه وأما ما روى في الموطأ والصحيح عن ابن
عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع فقال اذا بايعت فعل لا خلابة والخلابة
الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب من قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث
وهو لا يمس المطلوب **فرع** يجوز لالحاق خيار الشرط بالبيع لوقال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلته
بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضيانه فسد العقد عند
أبي حنيفة خلافا له ما ولو ألحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما وبفسد في قول
أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان
على أنه بالخيار على أن له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة حصص من الثمن وليس للبائع أن يطالب
بالثمن قبل أن يسقط المشتري خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى
الظهر ففسد أبي حنيفة يستمره الى أن يخرج وقت الظهور وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز
أكثر منها) أي من ثلاثة ايام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكما لا يجوز عند أبي حنيفة
اذا زاد على ثلاثة ايام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقال لا يجوز اذا سمى مدة معلومة حديث ابن عمر رضي
الله عنهما اجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل جزم الدعوى لانها اجوازه أكثر من ثلاثة ايام طالت المدة

(قوله والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذا معارضة بينهما
حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدد ان كان حجة لا يساوي المنطوق حتى يعارضه فليست مل فان للثمن مجالاً ثم أقول ذكره حكاية الحال
يناسب الجواب الثاني والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

ولأن الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في
الثنى ولا بى حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما يجوزناه بخلاف القياس
لمارويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتهت الزيادة

أوقصرت وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة عدة خاصة لا غير (لأن الخيار انما شرع
للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن) شرع للحاجة
الى التأخير مخالفاً لمقتضى العقد ثم جاز أى مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال أجد لقوله عليه الصلاة
والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع عمالاً يبتى أكثر من يوم كالفأكهة لا يجوز
أن يشتترط الخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضئيلة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشتترط
أكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقاً لانه ان كان لا مكان
أن يذهب فيها قبل الشراء ثم يشتترط الحاجة الى شرط الخيار أصلاً لان خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت
رؤيته سنة وان كان للتروى في أمرها هل تساوى الثمن المذكور أولاً وهى منتفع بها على الكمال أولاً
وان لم يرها فهدى لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك
يحصل في مدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد فكذلك مسطور في فتاوى القاضى اشترط شيئاً
يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شئ وفي الاستحسان يقال
للمشتري أما أن تفسخ البيع ولما أن تأخذ المبيع ولا شئ عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد
المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراً شئ يقبله اليه الفساد
كالسهمكة الطرية ويحذر المدعى عليه وأقام المدعى البيعة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضى يأمر
مدعى الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السهمكة ثم القاضى يبيعها من آخرى يأخذ ثمنها ويضع الثمن الاول
والثاني على يد عدل فان عدلت البيعة يقضى لمدعى الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع
الثمن عند العدل يضع الثمن الثاني من مال مدعى الشراء لان بيع القاضى كبيعه ولو لم تعدل البيعة
فانه يضمن قيمة السهمكة لمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً
عليه بالقيمة وجه قول أبى حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم) ثبت نصاً على
خلاف القياس في المدة المذكورة للتروى فيما يدفع الغبن عنه ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في
هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يمت في ثلاثة أيام بل في أقل منها فان معرفة كونه مغبوناً في هذه
الصفقة أولاً ليس من العلوم البالغة في الخفاء والاشكال يحتاج في حصوله الى مدة تزيد عليهم اذ كان الزائد
على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاجة بالثلاث دلالة كما لا يجوز
بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعد ذروا يبنى الفقه باعتباره لان مثله
زائل العقل وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزى في التحقيق في حديث حبان أنه خرج مخرج الغالب غير
صحيح ولانه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر
حبان انه كان رجلاً ضعيفاً وكان بدماعه مأمومة أفسدت حاله أو أنه منقذ وكان قد أصابته أمة في رأسه
فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخاوى الاوسط فإى حالة
تزيد على هذه من الضعف لا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة
أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما ينفى صريحاً وهو ان لم يبلغ درجة الخلة فلا شك أنه
يستأنس به بعد تمام الخلة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبى عياش عن أنس أن رجلاً
اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال
الخيار ثلاثة أيام لأنه أعل بابان مع الاعتراف بأنه كان رجلاً صالحاً وكذا أخرج الدارقطنى عن نافع

(قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها او اجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لفرقتا مل وزفر يقول ان هذا عقد فاسد او الفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بألف ورطل بغير ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحتنه أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولا في حنيفة انه أسقط المفسد قبل تقرر ما علم ان المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بخلاف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان واليه مال شمس الأئمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه أسقط (١١٣) المفسد قبل تقرر أي قبل مضي ثلاثة أيام

تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامها على الشرط فاذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال موجب الفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا عينه بل لمافيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم الدلال أو غيره عن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعثك هذا الثوب برقه وقبل المشتري من غير أن يعلم المندار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق (قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار

(الا انه اذا اجاز في الثلاث) جاز عند أبي حنيفة خلافا لفرقه يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه أسقط المفسد قبل تقرر فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بخلاف الشرط وهذا على الوجه الاول

عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحد بن ميسرة متروك وأما ما استدلوأ من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار وأما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنافان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وهذا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى له أنه لو شرع الاجل أيضا مقيدا بعدة كنا نقول لا يرد عليها أيضا ولو جوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله الا انه) استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها أي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لفرقه) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه) أي العقد (انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا) كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا أو باع عبدا بألف ورطل بغير ثم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة انه) أي من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرر) أي قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما اذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصلة بالرقم وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذا ظاهر دوامها على الشرط فاذا أسقطه تبين الامر بخلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وغيرهم من مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل اليوم الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الا ان وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على اجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل

(١٥ - فتح القدير خامس) غير مفسد للعقد وانما الفساد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البطلان فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن

(قوله لكن لو ذكر اكثر منها او اجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول لكن لو ذكر الخيارات الى ان الاستثناء منقطع والظاهر الاولى أن يحمل على الاتصال أي لا يجوز اكثر منها في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته في الثلاث فليست بدبر وقوله (فيقتصر على المدة المذكورة) من تمة الدلائل فلا يلام ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والاول اولى لقوله خلافا لفرقه) أقول يعني ان ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرر المسئلة على ما هو رأيهم في تفريع الخلاف (قوله والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد الخ) أقول وكذلك الفساد في السعر بالرقم في صلب العقد بل هو اله التين فلا بد من الفرق

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه فأما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع أو قال على انه ان لم ينقد الثمن أياما فلا بيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة تتعلقها بالشرط وهو عدم النقذ واشترط الاقالة في البيع مثل أن يقول بعثك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشترط فاسدا أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقذ تحزرا عن الماطلة في الفسخ وإذا كان في معناه كان ملحقا به ورد بأننا لانسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة ثم العدة وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأجيب بأن النظر (١١٤) في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة

فيها أو اما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع بالشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فانه ان لم ينقد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه أجيب بأن من له الخيار لا يفسد على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد إلا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية وأما اذا اراد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف وجوزهم محمد

قال المصنف (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام الخ) أقول قال الامام القاضى ظهير الدين ههنا امسئلة لا بد من حفظها وهي انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام بفسد البيع

(ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز الى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر فان نقذ في الثلاث جاز في قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقذ تحزرا عن الماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به

الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر حقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بخذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعنى قوله أسقط المفسد قبل تقريره وهو كالمقلب فان التعليل هو الذى يبنى على الاصل لأن أصل القاعدة يبنى على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها الزفر أن الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البديل فلم يكن رفعه وهما في شرطه وكما ينقلب العقد جازا اذا أسقط الخيار قبل مضى الثلاثة كذلك لو اعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جازا في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز) والمنفعة به هذا الشرط ههنا هو البائع وكذا الوقبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لم يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فان نقذ الثمن قبل مضى الثلاثة تم البيع وان لم ينقد فيه فاسد البيع ولا يفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسئلة حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده عتق لان كان في يد البائع (وقال محمد يجوز الى أربعة أيام وأكثر) على قياس قوله في شرط الخيار (فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه) أى في صحة هذا البيع الى ثلاثة أيام في الثمن (ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوى) وفهم الحق بجرد فهم الاصل مع فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للثمن الى ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر اليه أن

ولا يفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ وعلى هذا اذا اشترى عبدا شرعيته ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشتري يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ اه ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقذ ولتصريح الشارحين أنه يفسخ العقد عند عدم النقذ الآن يثبت في المسئلة روايتان (قوله فان قبل الحاجة تندفع الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول فيه بحث لأن شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر (قوله أجيب بأن من له الخيار الى قوله لا يجوز الاخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا يفسخ بعض المدة بل يفسد العقد ونقل عنه في النهاية وغيره

أما أبو حنيفة فقد مر على أصله في الملقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله في تجويز الزيادة في الملقق به وأبو يوسف احتج إلى الفرق بين الملقق والملقق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام والمراد بالآثر ما روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملقق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر وعلمنا بالقياس في الملقق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلاثة أيام بأثر ابن عمر وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقه له من رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة (١١٥) أيام فلا يبيع بينهما (وفي هذا) أي في الزائد على الثلاثة أيام

(بالقياس) وهو يقتضي عدم الجواز كما مر (قوله) وفي هذه المسئلة قياس (آخر) تقدم معناه قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لاحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعا فإذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق وإذا كان للمشتري فالمبيع لا يخرج عن ملك البائع بالاتفاق وإذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق فإذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثن عن ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال أبو حنيفة لا يدخل ولا يدخل أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الأولى فلما

وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو أنه يبيع شرط فيه أقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشترط الصحيح منها فيه مفسدة العقد فاشترط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع شرعيته لا تروى لدفع ضرر الغبن في المبيع والثن فيتبادر إليه جوازه لدفع الغبن في الثمن لما طلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك ينضم بتمامها بل لا رد لأثره لأن المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة ألا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقد مر أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في الملقق به) وهو أنه لا يزداد على الثلاثة فكذلك في الملقق وكذلك محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد عدة وأبو يوسف فرق فأخذ في الأصل بالآثر يعني أن ابن عمر في جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وأخذ في هذه المسئلة بالقياس أي في نفي الزائد على الثلاثة وأما في الثلاثة فجاءت ابن البرصاء على ما سئذ كرهه في خيار التعيين هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا وقد روى عنه أنه يرجع إلى قول محمد ورواه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجعوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطرار (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه يبيع شرط فيه أقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الأيام والأقالة لا تتعلق بالشرط لأن فهمه معنى التملك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الأقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعتهك على أن أقبلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشترط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من إلحاق بالدلالة بالقياس وهو المراد بقول المصنف وجه الاستحسان ما بينا (قوله) وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب (المرضاة) للماعرف من قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلها جاز تصرفه فيه فنقد عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بالاختلال والتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لا لتحاد نسبه إلى كل من له الخيار وأنه إذا كان الخيار له لا يخرج المبيع عن ملك

ذكره من قوله (لأن تمام هذا السبب) أي العلة (المرضاة) تكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسماء ومعنى لاحكامه ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع

(قوله وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه لا يجوز لما نه بيع الخ (قوله لكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار) أقول فيه بحث فإن بيع المكره يبيع مرتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله لأن البيع يصير علة اسماء) أقول تأمل في صحة هذا التعليل

فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار (١١٦) ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن أبي ليلى هو يقول قبض ملك البائع بانه

(ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج البيع عن ملك البائع) لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند أي حنيفة وقال لا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهدها بل في الشرع

البائع ولا الثمن عن ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع (فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا) في حق المبيع ولا يمكن نفاذ به بالهلاك لانه (لانفاذ بلا محل فبقى) في يد المشتري (مقبوضا) لاعلى وجه الامانة المحضة كالودعة والاعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله انه لم يضمه لانه ما رضى البائع بقبضه الاعلى جهة العقد فقل ما فيه ان يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) اذا هلك وهو قمي والمثل في المثل اذا كان القبض بعد سمية الثمن اما اذا لم يسم عن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون في رجل أخذ ثوبا فاقبال اذهب به فان رضيته اشترته فضا في يده لم يلزمه شئ وان قال ان رضيته اشترته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول أحمد لانه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وبثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا فلو لم تم البيع بالايجاب والقبول ان أردت في حق حكمه منعناه أو تمت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف بالهلاك بكونه في مدة الخيار يخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعدما تبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال ان الخيار له لا اشكال في أنه ينفسخ (ولا شئ على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك أعنى الانقاسا بملاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد بدأخذ حكمه منه (قوله) وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره تامل في حذف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفى ما يمنعه من عمله ان كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج (وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل) الذي هو من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا انه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله (الا ان المشتري لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدراك الامر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المفسد الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا (عند أبي حنيفة وقال لا يملكه) المشتري وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى) ملك (مالك) ولا عهدها بل في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يراد شراء متولى أمر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا

فكان أمانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان العقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الاجازة وهو معنى قوله (لانه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلا نه مقبوض بوجه العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحققه أن الضمان الاصلى الثابت بالعقد في التقييمات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصلى في مدة الخيار وأما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذا ذلك بتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قبل وانما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك جلا لحال المسلمين على الصلاح وأما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه وتحققه ان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من

له الخيار لانه شرع نظر له دون الآخر وأما أن البديل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك لا ترد

(قوله قيل الى قوله لحال المسلمين على الصلاح) أقول ولانه يعلم منه حاله بالولاية

عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه للم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البديلين في ملك رجل واحد حكم بالمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ونقض بالمدر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البديل ولم يخرج المديبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجب بانه قوله (حكم بالمعاوضة يدفع النقض فان ضمن المديبر ضمان جنابة وليس كالمناقبه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلم يدخل في ملك الاخر يكون زائلا لالي (١١٧) مالك يعني سائبة ولا عهد لمانابه

في الشرع ونقض بما اذا اشترى متولى الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وأجب بأن كلا منا في التجارة وما ذكرتم ليس منه بابل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظر المشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربحا يكون عليه لاله بان كان المبيع قريبا فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض (فـوله فان هلك في يده) أي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا ومراعاة عيب لا يرتفع كان قطعت يده وأما ما جاز ارتفاعه كالمريض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع وأما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين بما

ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكم بالمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظر المشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربحا يفتق عليه من غير اختياره بان كان قريبا فينفوت النظر قال (فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهالك لا يعبرى عن مقدمة عيب فيه كالعقد قد انبرم فيلزمه الثمن

لا تزد التركة المتسغرة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقبيل المذكور (ولابي حنيفة رضى الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضين (حكم بالمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأتى بكون (والمعاوضة تقتضي المساواة) بين المتعاضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المديبر اذا أتى من عنده سواء قلنا انه بدل الملك حيث لا يخرج المديبر عنه ملك ماله فليجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جنابة لا ضمان معاوضة شرعية وهذا لزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظر له ليتروى فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره الحقة نقض مقصوده (اذ ربحا) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مفقودا للنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا لو ثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والاجماع أجب بانه انما استحقها لانه صار أحق بها تصرفا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أوفى معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأتي المسئلة معلة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تعميمها وما في الاجناس لو بيعت دار بجوارها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردّها اذا رآها ويبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجع زواله كان قطعت يده ولو غير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجع زواله في المدة بأن مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يردّه مرصا بل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأى وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاعرده وان شاء أجاز البيع وأخذ الارش من البائع وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فانه يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يلحق عن مقدمة عيب ودخول العيب يمتنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة تجوز الرد فيه كقد انبرم العقد وانبرم العقد

ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه وجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تمذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهالك لا يعبرى عن مقدمة عيب فيه كالعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى

قال المصنف (والعقد قد انبرم) أقول انبرم مطاوع قولهم أبرمت الامر ابراما اذا أحكمته

وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يتمتع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لاله فيهاك والمبيع موقوف فيلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل تترتب على الاصل المنقذ مذكره وهوان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته (على انه بالخيار ثلاثة أيام بفقد النكاح) لانه لم يملكها وان وطئها له أن يردّها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له أن يردّها لان الوطء ينقصها وهذا يشير الى أن قوله (وان وطئها له أن يردّها) معناه اذ لم ينقصها الوطء فأما اذا نقصها فلا يردّها وان كانت ثيبا اليه أشير في شرح الطحاوى وعندهما بنفسه بالنكاح وان وطئها لم يردّها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذا المسئلة نظائر في كونها مرتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها اذا قال ان ملكك عبد افهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما

بمخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمنع الرذحكما بخيار البائع فهلاك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها من الخيار (وان وطئها له أن يردّها) لان الوطء يحكم النكاح (الا اذا كانت بكرًا) لان الوطء ينعقها وهذا عند أبي حنيفة (وقالا يفسد النكاح) لانه مملكتها (وان وطئها لم يردّها) لان وطئها يملك الميئين فيمتنع الردوان كانت ثيبا ولهذه المسئلة أخوات كلها تنبني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان مملكت عبد الله حر

يوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد كما لخيار البائع
(فيهلاك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته على
انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لانه لم يملكها الماله من الخيار) والمبيع لا يدخل
في ملك المشتري بالخيار فلو رد البيع استمرت زوجة عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاهن بلا
نكاح عليهما (وان وطئها) بعد الشراء (له أن يردها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له في
النكاح ملكا قائما يحصل له الوطء فلم يلزم كون وطئه اجازة (الا اذا كانت بكر الان الوطء ينقص البكر)
فيمتنع الرد للعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف أنه لو فسخه الوطء وهي ثيب يمتنع الرد عنده أيضا
لنقص الذي دخلها لذات الوطء فان قيل لما زوجوها مولاهن الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة
وحين أثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة أجيب بمتنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع
بل لما باعها نسخ ذلك الرضا الى الرضا بما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذكرناه (وقالا
يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يردها) ولو كانت ثيبا لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا
بملك البين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع
للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها اخوات) ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف في ذلك (منها عتق)
العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار اذا كان قريبه) قرابة محرمة عندهما
وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكك عبد افهو حر)
فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط
وعندهما وجد فعتق لانه ملكه أما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه
يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شرط فيكون كالمشترى للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل
وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا فوى الخالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على
أنه بالخيار فخاضت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزئ بتلك الحيضة
لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجتزئ
بها لوجودها بعد الملك وينبغي أن يقيس بذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك
والملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبراء ثم اعند
أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه
استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراءها قياسا
واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجمعوا
أنه لا عقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة أو غيرها ان كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء
وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار
للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان أجازة فعلى

بخلاف ما إذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمشئى للعقب بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمسل عنه ولو انشأ العقب بعد شرائه بالخيار
عقب وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمشئى وجب أن ينوب عن الكفارة اذا اشترى المخلوف عليه بعقده فابا عن الكفارة
أجيب بأنه جعل كالمشئى تعميما لقوله فهو حر فلا يبعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت البيع لانه كالمدي في
الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعقب لاعتن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضرت بعد القبض في مدة الخيار حاضرة
أو بعضها فاخترها لا يجتزئ بذلك الحصة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولوردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد
قبل القبض أو بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع (١١٩) الاستبراء استحقاقا والقياس أن

يجب لتجدد الملك وان كان
بعده يجب الاستبراء على
البائع قياسا واستحسانا
وأجمعوا في البيع البات
يفسخ باقالة أو غيرها ان
الاستبراء واجب على البائع
اذا كان الفسخ قبل القبض
قياسا وبعده قياسا
واستحسانا ومنها اذا ولدت
المشتراة في المدة بالكاح
لا تصير أم ولده عنده قال
صاحب النهاية لا بد من
أحد تأويلين إما ان يكون
معناه اشترى منكوحته
وولدت في مدة الخيار قبل
قبض المشتري بشرط الخيار
أو يكون اشترى الامه
التي كانت منكوحته وولدت
منه ولذا قبل الشراء ثم
اشترىها بشرط الخيار لا تصير
أم ولده في مدة الخيار عنده
خلافا لهما وعلى هذا كان
قوله في المدة طر فالقوله
لا تصير أم ولده لا ظرف
الولادة وتقرير كلامه اذا
ولدت المشتراة بالكاح

بخلاف ما إذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمشئى للعقب بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها
ان حبض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما ما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع
لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة
بالنكاح لا تصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع
فهلك في يده في المدة ذلك من مال البائع لا ارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري
احسنه الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما أذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة
المشتري استبرأ أوها بحصة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه
بالخيار في المدة لا تصير أم ولده وتصير أم ولده عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن
تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها
تعيب بالولادة وتصير أم ولده بالاجماع وصورة الطحاوي هذه الخلافة فيما اذا ولدت قبل الشراء قال
اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولده وخياره على حاله
الا اذا اختارها صارت أم ولده عندهما تصير أم ولده بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا
ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل
القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشتري) بشرط الخيار له (المبيع باذن البائع ثم أودعه
عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لا ارتفاع القبض بالرد) لانه لم يملكه
ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا واهلاك
المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري احسنه الايداع باعتبار قيام
ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع أن
المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فتصح ودعيه المشتري لتحقيق ايداع
غير المالك للمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المال لأنه ليس بالزلم لجواز أن لا يؤل الى ملكه بأن
يختار المشتري البيع أما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري أودعه في مدة الخيار
البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باق قبضه
المشتري باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري
ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشتري
بالخيار) (عبدا ما أذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة) يصح ابرأؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك

لا تصير أم ولده في مدة الخيار وفيه تعديد لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لانا لو أجرين على ظاهر اللفظ
وقلنا أنه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار قبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب
فلا يمكن ردها بعد ما تعيب الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع
فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعده هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذا الودعيه لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض
كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما المالك المشتري صحته الودعيه وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده
ومنها ما لو كان المشتري عبدا ما أذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة

(قوله لانا لو أجرين على ظاهر اللفظ) أقول يعني الاطلاق

بقي خياره لأنه لم يملكه كان الراد متناعاً منه عن التملك وللاذون له ولا به ذلك وعندهما بطل خياره لأنه لم يملكه كان الراد منه تملكاً بغير عوض والمأذون ليس من أهله فان قلت اذا كان الخيار للشترى فالتن لم يخرج عن ملكه فواجهه ابراء البائع عن التملك قبل أن يملكه أجيب بأن القياس ينفي صحة هذا البراء وجوازه استحساناً لخصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيراً بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما (١٣٠) وعنده بطل الخيار والبائع ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

بقي على خياره عنده لان الراد متناع عن التملك والمأذون له بليه وعندهما بطل خياره لأنه لم يملكه كان الرد منه تملكاً بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيراً على انه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردّها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يبيز فان أجاز بغير حضرة صاحبه جاز

التن على المشتري بالخيار فلا يصح ابرأؤه عما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للثن وهو البيع واذا صح ابرأؤه بالاتفاق (بقي على خياره) في السعة ان شاء أجاز البيع فيما أخذ به بالثن وان شاء رده فمرد السعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعاً عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون بليه) أي يملك ذلك كله أن يمنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما برئ من التملك والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لورده كان متبرعاً بملكه بغير عوض والعبد للمأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الراد تبرع البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن التملك لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور ابرأؤه منه والجواب أن ابرأؤه يعتمد على الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره ألا ترى أن المدبون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لسبب لان شرط الخيار ليس داخل على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثن ولا يظن انه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصل على ما عرف (ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيراً على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لانه ملكها فلا يملك ردّها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها ولا يمكنه تملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أمالو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف ومن الفروع أيضاً على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عصبيراً بالخيار فتخلف في المدة ففسد البيع عنده لهجه عن تملكه باسقاط خياره وتم عنده ما لهجه عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى داراً على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكنها قال الامام السرخسي لا يكون اختياراً وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختياراً عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختياراً لانه بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيئاً ومنها حلال اشترى نطيباً بالخيار فقبضه ثم أحرم والطبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للشترى فأحرم البائع للشترى أن يردّه ومنها أن الخيار اذا كان للشترى وفسخ العقد فالزائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما لا اشترى لانها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان بائعاً ومشترياً أو أجنبياً (له أن يبيز) في مدة الخيار باجاء الفقهاء (وله أن يفسخ فان أجاز بغير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فاذا كان الخيار للبائع فنفاذاً البيع بأحد معان ثلاث

واذا كان الخيار للبائع وأسلم بطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للشترى وأسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اخذاره المشتري صار له وان رد صار الخلل للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة) هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبى لان شرط الخيار يصح منهم جميعاً فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلاثة أشياء بأن يقول أجزت وبعوته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنده كره فيكون العقد نافذاً وبأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للشترى فبذلك وبأن يصير المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك ففسخه على تلك الحالة كهلاك العقود عليه وانتقاصه كما تقدم وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكماً والثاني هو ما يكون بالفعل كأن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف المسالك كما

اذا اعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية قوطها أو قبلها أو أن يكون التملك عينا تصرف المشتري فيه تصرف المالك فيما اذا كان الخيار للشترى فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضوره أو لا آخر وعدمه لانه فسخ حكماً والشيء قد ثبت حكماً وان كان يبطل قصداً

قال المصنف (لان الراد متناع عن التملك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك

بعضى مدة الخيار وبموته وبانتمائه وجنونه في المدة فان افاق فيها قال الاسيحي اني الاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو اردت فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافه مما والمعنى الثالث أن يجيز البيع كان يقول أجزت البيع ورضيته واسقطت خيارى ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف المالك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكتتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه أو يسله أو يرهقه أو يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا أن النظر اليه من حيث هو مس ولأنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذلك اذا فعلت الجارية ذلك بسقط خياره في قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار لاختاره ولا لاختاره عليه ولا بي حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقه بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقه بالوطء في ايجاب الحرمة كما مضى الى الرجل وأما المباشرة مكرها كان أو مطاوعا اختيار أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عند محمد فلا نال الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يمنع الرد فأما المباشرة اذا ابتدأتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباشرة اذا أقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيعتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعا الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بعمرتين وركوبها ليسقيها أو يردّها ويعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى عاضين انّه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها أو يردّها على البائع لا يبطل خياره استحسانا لجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرقها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب نفسه أو لغيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه أخذ أبو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضاها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزم العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنابته اثبتنا له قدرة الزامه فتفتوت فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من أجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فتى رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبى واذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شئ من الثمن لكنه يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فلو نظفنا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواء أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه ولو سقى حرنا في الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصصه الزرع أو قصل

وأما الاول فهو ما يكون بالقول (١٣٣) وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت فإن كان ذلك بحضرة الآخر أي بعلمه انفسخ

وان فسح لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وإنما كنى بالحضرة عنه لأنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالأجازه ولهذا لا يشترط رضاه وعسار كالكيل بالبيع ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد عام البيع السابق فيصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لساعته مشتر بافما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لأنه لا الزام فيه

منه شيئا فيما إذا اشترى الزرع فهو رضاه ولو سقي دوابه من النهر أو شرب هو فليس رضاه ولو طعن في الرحي فهو رضاه وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحي الماء وليست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فها ساسا كن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن والبسه فليس رضا (قوله وان فسح) أي من له الخيار في المدة (بغير حضرة الآخر) أي بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وأما كنى بالحضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ إلا بعد المدة ثم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الرقبة والفسخ بالقول في المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر أن من قال ببيع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري لأنه كالقول من حيث هو اختيار ينبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الأمة ودخول العيب بغير صنعها والهلاك فإن كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالتق والبيع والوطع وجميع ما قدمنا أنه اجازة إذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسح إذا صدر من البائع (له) أي لابي يوسف (أنه) أي الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعني الذي لا خيار له (فلا يتوقف) فسخته (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما) أنه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه) أي الغير الذي لا خيار له (عساه يعتمد على تمام البيع السابق) إذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشتري (فيه) فيما إذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسح (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك) وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطالب لساعته مشتر با) اعتمادا على نفاذ البيع لمالم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه (فما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر) يجزى من قبل الانفراد بالفسح فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصد حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله إذا كان وكيله بالشراء وبطلان قوله وتصرفه إذا كان وكيله بالبيع ورعا يعتمد المشتري منه النفاذ فينشعب الفساد والحاصل قياسا تعارضا قياسا على يوسف على تصرف الوكيل وقياسه ما على عزل الوكيل ثم في قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فإن هذا لا أثر له في نفي الصحة بلا علم أنما أثره في نفي الصحة بلا إذن فإن كونه حق الغير يمنع التصرف بلا إذن فهو بالنسبة إلى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فإن قيل لانسلم أن شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسح مطلقا بما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما إذا كان الفسخ بغير علمه طرد بضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس إلا كون فسح مظنة ذلك الضرر وصح قولنا أن ما سواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى أن الضرر الذي ذكرناه يلحق المشتري إذا كان الخيار للبائع في حين التعارض لأن ضرر لزوم القيمة إنما

العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد درجهما الله وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسح العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالأجازه وهو قياس منه لاحد شرطى العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فإن له أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لأنه مسلط من جهته (ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع) هو (لا يعرى عن المضرة) أما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا وأما إذا كان للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لساعته مشتر با وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس

على الشرط الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الزام

يكون

(قوله وهو قياس منه لاحد شرطى العقد) أقول فيه تسامح لظهور ان الفسخ ليس أحد شرطى العقد

ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ من لا يملكه غيره مع قول ولا متبرع كالتملك من غير المال وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان معنى الالتزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بأن ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرذ بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضى المدة فيسلم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بأنه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستئناق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليله ما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فاق الجمع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقصا فلا يرد ما قيل الطلاق والعناق والعقود القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو موسوع لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج ينفرذ بالرجعة وحكمها يلزم (١٣٣) المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان

الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام أمر جديدي سلمناه

لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار الخفية ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الزام بل ذلك بالتزامه أو لانه لا ضرر فيه فان الإيجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لانه غير زائد على موجب التغيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقه يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضيلى يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهم لانه

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضى المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ

يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما في محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا في البياعات الاسواق فبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلطته مشربا فأما الحق من نقصه حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أولا ومثل هذا كثير في الفقه أعنى الزام ما هو ضرر لنقصه يبرهن لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام غن ما يشتر به عليه ان كان وكلا للشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام غن ما لا عرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مال الكالمقذاره وبأدراكه أقاله أعنى عقوده اذا كان وكلا بالبيع وهذا أضر على النفس من اقراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره قالوا به لابي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم وقوله حينئذ (ولا نقول انه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحنة لفظية فان المراد من سلطه أذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علم للضرر فكان الاذن مقيد بعدم محمل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتقائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لنقصه من يلزمه وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم يتفر من له الخيار بالفسخ يتضرر هو أيضا لانه يمكن أن يختفى صاحبه في المدة حتى تنقضى فقالوا وهذا الضرر اغلر لزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لهجزه عن احضاره لا بالاختفاء ففي سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفى لانه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالتزام بهذا الفرع على احدى الروايتين في فتاوى فاضيل خان جاء الى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصم بالرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكلام مع احتمال غيبته فلا يتطرله فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد وروايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادى على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلان يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا

امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة أو لكونه بايجاب الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرذأ والاجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه (قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد

(قوله لان ذلك الى قوله من الالتزام الخ) أقول العتق اثبات القوة الحكيمة على ما بين لانه اسقاط والظاهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالى النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله أو لانه غير زائد على موجب التغيير) أقول وكذلك الفسخ في مسئلتنا فالاولى أن يقال أولا انه مرضي به ولو لا ما أقدم على الإيجاب (قوله أو هو مرضي به ولو لا ما أقدم على الإيجاب بالاقدام على سببه) أقول سببه الاعتناق للنكاح

نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلاء - ذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقيل لمحمد يعني على
هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق فيما خدمته وكلا ثقة اذا خاف الغيبة
حتى اذا غاب يرد على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدي الروايتين أنه اذا قال الخصم اني
أعذرت اليه وأشهدت فتواري فيقول القاضي اشهدوا انه زعم أنه أعذرت الى صاحبه في المدة كل يوم
واختفي فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعي البيينة بالخيار
والاعذار وهذه الالة لا يمكن من اقامة البيينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال
غيبته للحكم به اعليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضه مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي
يوسف لكن انورد هاهنا على تسليم عام الدليل فمن ان المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه
حكم ذلك وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخيير وهو بعد الرضا والعلم وهو
مدفوع بأن اثبات خيار الفسخ - نزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجب وز حال غيبته
فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينفرديها الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت
بعد ثلاث حيض فسخ اذا اثبت الرجعة قبلها أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي
لا يرفع النكاح وانما ثبت البيئونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف
شرط تصرفها هل هو موجود أولا ومنها الطلاق والعناق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره
بلاعلمه وأجيب بأنهم اسقاطات لا يلزم بهاشي من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعلقة
يصح اختيارها للفرقة بلا علم زوجها أجيب لارواية فيها وعلى تقدير التسليم فالتخير أثبتة لها الشرع
مطلقا وله الولاية عليهم ما ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على
الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي أن الشرع لا يتوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه
في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على
قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المسالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بأن عقد دهما
لا وجود له في حق المسالك اذا لا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانه عدم أصلا في حقه
فانه يتبع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطبيق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بأن
العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا ترى أنها لا تجب بالطلاق
قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملك أقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق
والعبرة بالتضمن لا للتضمن وأما ما ليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه
﴿فروع﴾ اشتريا غلاما على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا رد لآخر عنده وقال له رد نصيبه ولو كان
الخيار للعاقدين فقال البائع بمحضور المشتري أجرته ثم قال المشتري فسخته بمحضوره انفسخ فان
هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك في يد المشتري قيمته
ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى
باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الأرض مضمونة على
المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري
في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري
حبسها لانه لما زرعهما باذن البائع صار كأنه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقى البائع
فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لم
المشتري وان صح فيها فلم يرد حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على
أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويعضى البيع جاز وطالب له

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره) اذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجوز فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار يأخذ أيهما شاء ولما ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الامشيه وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث ينقل الاعميان الى الورث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولاً به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك ما لا أوحى فلو رثته والخيار حق فيكون لو رثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعميان فهل يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار ينتبه ضمناً وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية ماله وفيه نظر فان الكلام (١٢٥) في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقة

والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصل من نقل الاعميان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصل انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سميان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث أعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعقد ولا شرط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولما ان الخيار ليس الامشيه وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سلماً فكذلك الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لا ختلاط ملكه بملك الغير لان يورث الخيار اذا حصله زيادة في الثمن وكذلك كان الخيار للمشتري فصاحبه البائع على أن يسقط الخيار ويحيط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع أو حط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقاً لم يجز ولو أمره مطلقاً فباعه بشرط الخيار لا مراً ولا جنباً صح ولو وكاه بالشراء أو كذا صححوا فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا أن العقد متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجز دفعاذا نفذ على العاقد (قوله) واذا مات من له الخيار بطل خياره) بانها كان أو مشترياً (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل عن المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالأخر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ ففسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أي الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى إن صاحبه لا يملك ابطاله (فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانما ما يورث بالاتفاق (ولما ان الخيار ليس الامشيه وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الاعميان وانظر مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من أنه يدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئاً الامشيه مبنى على قول ضعيف في العربية من أن يقدر الممول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الابدله والمختار أن المفرغ له هو الممول في مقام الازيد زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب

كذلك لا بطريق النقل فلا يفهمه ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتقاله ولو اتهم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع (قوله) بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقريره لاننا سلمنا انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سلمياً فكذلك الوارث فكان ذلك نقلاً في الاعميان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مسحق للمشتري بالعقد فاذا طالب الباقي بالتسليم ويجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت لكن الوارث يورث المبيع وهو صحيح ولثبت له خيار التعيين ولكن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقتماً والوارث ليس له الفسخ وليس خياره موقوف

قال (ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره) تقرر كلامه
ومرر اشترى بشرط الخيار
لغيره جاز حذفه لدلالة قوله
فأيهما أجاز جاز يعني من
المشتري وذلك الغير على
المحذوف واشتراط الخيار
للغير لا يجوز في القياس
وهو قول زفر لان الخيار
اذا شرط في العقد صار
حقا من حقوقه واجبا من
واجباته بمقتضى الشرط
المستوع شرعا وما كان من
موجب العقد لا يجوز
اشتراطه على غير العاقد
كاشتراط الثمن على غير
المشتري أو اشتراط تسليمه
على غيره واشتراط الملك
لغيره لكن العلماء الثلاثة
استحسنوا جوازها لان الحاجة
قد تدعو الى اشتراط الخيار
للاجنبى لكونه أعرف
بالمبيع أو بالعقد فصار
كالاحتياج الى نفس الخيار
(قوله حذفه لدلالة قوله الخ)
أقول ريب وزان يكون قوله
فأيهما أجاز جاز خبرا بالتأويل
المشهور في وقوع الانشاء
خبرا وهو تفسر بالقول
قال المصنف (لأن الخيار
من موجب العقد) أقول
فيه بحث (قوله واجبا من
واجباته) أقول فيه بحث
والظاهر أن يحمل الكلام
على التشبيه والمبالغة فيه
أي ك بعض موجب العقد

قال (ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما بقض انتقض) وأصل هذا ان
اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من موجب العقد
وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

لان الارث فيه للعين ومن جعلته الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند
انسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا الا
برذال الكل وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لانه لا يجوز خيار التعيين فكل ما
ذكره الزمالي ناوجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه
اختلاط المالكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى
الخيار فجاء الخيار لازما للعين المورثة في الموضوعين ضمنيا لا قصد اعلى وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما
فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان
الخيار للمشتري فإنه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث ووجهه قوى على ما تقدم ويقال على
أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقته فسد لم يكن مرادنا بالاتقال أن يثبت
لوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لآعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت
لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا أن يقال ثبوت ذلك شرعا في أملاك الاعيان معلوم
متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرهما من الحقوق يتوقف على الدليل السهمي ولم يوجد ونفي
المدرك الشرعي يكفي انفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام
أنه قال من ترك مالا أو حقا فلو رثته ومن ترك كلاً أو عيالا فآل قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح وأما الزيادة
الآخري فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يثبت بالدليل وأما الجواب بأن الملك انما ينتقل في ضمن انتقال
العين فبعد أنه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل
فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان فآل الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم يئان المراد بقوله
لينتقل ملكها يعني كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير
ثبوته أن يورث خيار الجماس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال
الخيار الى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينبغي أن يورث فانهم ما يثبتان الملك للمشتري بالخيار
في العين فينتقل الى الورثة عين مملوكة له فيها خيار أن يفسخ كافي خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل
الثمن مملو كالم (قوله ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقد أو لغيره
يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقد أو المشروط له الذي هو غيره (جاز وأيهما بقض)
البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره وإذا تضمن المبتدأ معنى
الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتي في ذره (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد
(أن جواز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد
وهو الأصح من مذهب الشافعي الآن في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه
يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع
ويبطل الشرط وجه (قول زفر ان الخيار من موجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد
كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على
غير العاقدين ولان هذا تعليق لنفسا بخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار
الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تدعى الى اشتراطه لغير لان شرعيته لاستقلال الرأي

وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاءه إذا لوجه لاثباته الغير أصالة فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه في التصرف فيجعل له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما أن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى الآخر من قال لعبد له حنف في عبته كفر عن عيذك بالمال لا يكون ذلك فخرير الاقتضاء لان التحرر أقوى من تصرف التكنيد لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ولا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني أن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاءه فيجعل الجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك وأوجب عن الأول بأن الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظر الى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لأن حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعيه فرعه وأما التحرر فإثباته الاصل في (١٣٧) وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه

وعن الثاني بأن الدين لا يجب

على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى الصحيح المقتضى ولو صححت الكفالة

بطريق الاقتضاء كان مبطلاً

للمقتضى وعاد على موضوعه

بالنقض فان قيل فلا يكن

بطريق الحوالة فان فيما

المطالبة بالدين فالجواب ان

المشتري أصل في وجوب

الثمن عليه فلا يجب وزان

يكون تابعاً لفرعه وهو

المحال عليه (وإذا ثبت الخيار

لكل واحد منهما فأيهما أجاز

جاز وأيهما نقض انتقض)

ولو اختلف فعليه ما في

الاجازة والنقض اعتبر السابق

لعدم ما يراه (ولو خرج

الكلامان معا اختلفت

الرواية) ففي رواية بيوع

المبسوط (يعتبر تصرف

العاقد) فسحاً كان أو اجازة

ولنا ان الخيار للغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه فيجعل التصرف عنه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لو وجوده في زمان لا يراه فيه غيره ولو خرج الكلامان من معاً باعتبار تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه

وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأى والتدبير غير وان في ذلك بل بغيره من يعلم حزمه وجوده رأيه ومعرفة بالقيم وأحوال البياعات فيشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه وأجنبيته عن العقد لا تمنع إن سلمنا صحة مانعته لو أجزأه أصلاً مستقلاً لئلا يمتنع بالانبعاج ثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاءه فيجعل التصرف فيه ثبت لهما واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعاً لقائلاً الملازمة ممنوعة لان المراد بالتبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود أولاً وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعني عبدك عني بألف انما هو العتق فكان التملك مقصوداً للغير تبعاً لقصده ليصح العتق عنه وان كان أصلاً بالنسبة الى الوجود فكذلك انما المقصود أولاً وبالذات ليس الا الاشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم يجوز اشتراط الثمن على الاجنبي وتثبت كفالة اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أجيب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيما نقل الدين على الكفيل بل لو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الاجنبي أطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعنى به ثبوته على المشتري عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفه كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صبرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض) البيوع (النقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يراه فيه غيره ولو خرج الكلامان معاً باعتبار تصرف العاقد في رواية كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذي هو (الفسخ في أخرى) هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الاجنبي (وجه الأول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه)

(و) في رواية مادون المبسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الاول ان تصرف العاقد أقوى) والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المذوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل عما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته لسنة فطلقها الوكيل والموكل معافان الوانع طلاق أحدهما لا يعينه وأجيب بأن الترجيح يحتاج

(قوله تعينه بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاءه فيجعل الجاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض يسانه انه جعل الخيار ثابتاً للعاقد من اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لانه لم يثبت صريحاً فتأمل ذلك (قوله فالجواب ان المشتري أصل الخ) أقول فيه بحث لا يحرز ان قال هنا أيضاً الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود الباقع بمطالبة الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة وأما إذا انحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و (وجه) القول (الثاني) ان الفسخ أولى لان الجواز يلحقه الفسخ كالأجازة والمبيع هلك عند البائع (والمفسوخ لا يلحقه الاجازة) فان العقد اذا انفسخ هلك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة ولا إخفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا لاقي من له الخيار غيره فتمت إقصاء المبيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الإقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ وأجيب بأن الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا اجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف) في المبسوط قبل والثاني أصح واعمل قوله ولما ملأ كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما أصلا في التصرف من وجه العاقبة من حيث التملك والاجنبى من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث التصرف فربحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العقد عارضته في ذلك (قوله واستخرج ذلك) (١٣٨) يعني ان المنسوب اليهما ليس بنقول عنهما (و) انما استخرج بما اذا باع الوكيل من أحد الموكل من غيره مع ما فهمه يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبر تصرفهما) ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كإرجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر أن ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك للمالك كنيته والرجحان ثابت هناك لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه

وجه الثاني ان الفسخ أقوى لان الجواز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملأ كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك بما اذا باع الوكيل من الموكل من غيره مع ما فهمه يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما قال (ومن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بمائة على انه بالخيار في أحدهما مائة على أربعة أشهر أو بوجه أحدهما أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب

والتصرف الصادر عن اصاله أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلقاها معا فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عينا ولو كان المرح الاصيل تعيين طلاقه أجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالمالك في النكاح فكانت عبارته عبارة عنه فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجح بكونه أصيلا أو وكيلان الوكيل بعدما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف (والفسخ أقوى) لانه يلحق الجواز بطله والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الأئمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلافهما في ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجحا لتصرفه للاصالة (وأبو يوسف يعمد بهما) على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما بالتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار لغيره ولكن يخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله ومن باع عبدين بألف على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد الخ والمسئلة على أربعة أوجه) في ثلاثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح (أحدها) أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله (وهو الوجه الاول) المذكور (في الكتاب) والظاهر أنه يريد به البداية لان الهداية

لامعارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غيره المالك فتمت نكاحه كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح شرحها فيه لان عدم رجحان تصرف المالك للمالك كنيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لاعلى وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبى من العاقده ههنا في كون كل واحد منهما ما يستفيد الولاية من غيره فيتبرجج تصرف العاقده من محمد كترجج تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف واعتباره ما يدل على انه لا يظن الى أحوال المتصرفين انساوهم ما فيه بقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ أقوى لما ذكرنا قال (ومن باع عبدين بألف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما أن لا يحصل لأحدهما رجحان أو حصل لأحدهما التفصيل دون التعيين أو العكس من ذلك فان كان الاول بأن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام (قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاشا له انه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه وكلمة لما تدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الايجاب

فسد البيع لجهالة المبيع والتمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالة المأوى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذا العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جازا لبيع لان كل واحد من المبيع والتمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الخرتي عقد القن اذا جمع بينهما في البيع أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محل للبيع فكان داخل في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدير في البيع فان المدير محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا (١٣٩) للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع

بين حروقن فان الحر ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخل في العقد ولا في الحكم وقائل أن يقول في الجلة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقلين ولا للعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط وان كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بألف كل واحد منهما بمائة مائة على اني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسدا أيضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فجهالة التمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر ففسد في القن اذا جمع بينهما وبين المدير وأم الولد ولم يفصل التمن أجيب بأن عدم التفصيل مفسد اذا أدى الى البيع بالحصصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل

وفساده لجهالة التمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذا العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل التمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والتمن معلوم وقبول العبد في الذي فيه الخيار وان كان شرط لان انعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدير والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين لما لجهالة المبيع أو لجهالة التمن

شرحها (وفسادهما لجهالة المبيع والتمن) جميعا وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم غن المبيع مجهول لان التمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء وثانيها وهو الوجه الجائز أن يعين كلا بأن يقول بعتك كل واحد من هذين بمائة على أني بالخيار في هذا الانتفاء المفسد من جهالة أحد الاخرين فان قيل ان انتفى مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرط لان انعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كالجاء جمع بين حر وعبد وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الاشارة الى السؤال بقوله (وقبول العبد في الذي فيه الخيار وان كان شرط لان انعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي من فيه الخيار (محلا للبيع) فهو (كالمجمع بين قن ومدير) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بخصته وان كان قبول العقد في المدير شرط فيه وذلك لدخول المدير في البيع لمحليته له في الجلة ولهذا الوقضى القاضى بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطاً صحيحاً بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمحل أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفي الجمع بين القن والمدير في البيع خلاف سمي أني ان شاء الله تعالى في آخر البيع الناسد وثانيها ينصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بمائة على أني بالخيار في أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل التمن وهو أن يقول بعتك هذين بألف على أني بالخيار في هذا والفساد فيه لجهالة التمن لان المبيع وان كان معلوما بتعين من فيه الخيار لا أن ثمنه مجهول لما قلنا ان التمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين الذي لم يعين فيه التمن وبين ما اذا جمع بين عبيدين في البيع بثن واحد فاذا أحدهما مديراً ومكانب أو جارين فاذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بخصته من جملة التمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصصة أجيب بأن

(١٧ - فتح القدير خامس)

العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعذور فلوانعقد في حق الآخر انعقد بالحصصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدير ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا الوقضى القاضى بجواز تنفيذ فكان قسمة التمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدير وأم الولد لا ابتداء بالحصصة

(قوله فكان الداخل في العقد) أقول أي نخلص الحكم (قوله وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول وجه التأمل ان شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يترقى في الجواب ان شرط الخيار لما كان مجوزا شرعا على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد الى الآخر قتما

فجاز الحاقه وبيان ذلك أن
 شرع خيار الشرط للحاجة
 الى دفع الغبن ليختار ما هو
 الاوفق له والارفق والحاجة
 الى هذا النوع من البيع
 متحققة لانه ربما يحتاج
 الى اختيار من يثق به (لخبرته
 أو اختيار من يشتريه لاجله
 كامر أنه وبنته) والبايع لا يمكنه
 من الحمل اليه الا بالبيع) فكان
 باعتبار الحاجة (في معنى
 ماورد به الشرع) ولا نسلم ان
 (الجهالة تقضى الى المنازعة)
 لانها اشترط الخيار لنفسه
 استبعاد بالتعيين فلم يبق له
 منازع فكان عدله جوازه
 مركبة من الحاجة وعدم
 كون الجهالة تقضى الى
 المنازعة فأما عدم المنازعة
 فانه ثابت باشتراط الخيار
 لنفسه سواء كانت الاثواب
 ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة
 فانما تحقق في الثلاثة
 لوجود الجيد والوسط والردى
 فيه والزائد يقع مكررا غير
 محتاج اليه فانفق عنه جزء
 (قوله بعشرة دراهم الى ثلاثة
 أيام فالبيع جائز استفسانا)
 أقول فيه انه ينبغي أن يزيد
 قوله ولى الخيار كما فعله
 المصنف فان المفهوم من

كلامه توقفت خيار التعيين الا
(قوله) فهو مجبول جهالة مفق
فيه هذه الجهالة فالاولى أن لا
الجل اليه) أقول ضمير اليه

كلامه توقفت خيار التعيين الا انه غيّر الى هذا اشارة الى وجوب توقفت خيار التعيين اذا انقضى عن خيار الشرط كما سيبيح
(قوله فهو صحيح لوجهه المقتضية الخ) أقول لو كان منع الجهالة لافضاءها الى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع في الاربعة الى مرخص اذ ليس
فيه هذه الجهالة فالاولى أن لا يقيد الجهالة به كفاعله المانف وغيره (قوله أو اختيار من يشتره لاجله كما مر أنه وبنته والبائع لا يعكثه من
الجل اليه) أقول ضمير اليه راجع الى من في قوله من يشتره

العلم والحكم لا يثبت الا بتمام علمه واعلم ان محمداً رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة ايام
 وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتنا معلوماً
 ثلاثة ايام فادونها عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قوله ما هو اختيار ثمس الأئمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم
 يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقاً لا قصداً وهو اختيار غير الاسلام حجة الاول ان جوازه بطريق الاتفاق عوضاً عن السنة فلا
 يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفساك الملق عن الملق به ليس بشرط في الاتفاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب
 عامداً في رمضان من جباع مع ان النص انما ورد به وحجة الآخر ان خيار التعيين مما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة
 ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة وأما اذا كان من غير ذكر خيار
 الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يتخلو إما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين (١٣١) أو لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت

وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا
 الاعتبار وفاقاً لشرطه اذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده ومدة معلومة
 أيها كانت عنده ما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح
 لان المبيع في الحقيقة أحدهما والاخر أمانة والاول تجوز واستعارة

بها واذا ظهر أن جوازه هذا البيع للعاجلة الى اختيار ما هو الارفق والا وفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو
 غائباً يظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الا وفق
 والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لا ممة منه فيرد جانب البائع الى القياس فلهذا
 نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي أنه يجوز استحصانا لانه بيع يجوز مع خيار
 المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً على الشرط وأنت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل
 من شرط جواز هذا البيع أعني البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في
 الصورة قيل نعم كما (هو المذكور في الجامع الصغير) تصويراً على ما ذكرناه ونسبته فاضحاً الى أكثر
 المشايخ وقال شمس الأئمة في جامع هو الصحيح (وقيل لا بشرط وهو المذكور في الجامع الكبير) وغيره
 والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقاً لا قيداً وصححه غير الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس
 بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس بأبي جواز هذا العقد لجهالة
 المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحصانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف
 هذا الكلام فانه يقتضي أن شرط الاتفاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملققة الصورة الثابتة
 بالعارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه ان
 لم يتقدم الثمن الى ثلاثة ايام فلا يصح مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما ان
 تراصيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلام الثوبين الى ثلاثة ايام ولو
 بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع
 الذي فيه الخيار لانه يسقط خياره ولورداً أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط

خيار التعيين بالثلاثة عند
 أبي حنيفة رحمه الله ومدة
 معلومة أي مدة كانت
 عندهما كما في الملق به
 فان قيل ينبغي أن لا يجوز
 خيار التعيين في الزائد على
 الثلاثة عند أبي يوسف
 لانه أخذ بالقياس في قوله
 ان لم يتقدم الثمن الى أربعة
 أيام فلا يصح بينهما أوجب
 بأن قوله ان لم يتقدم الثمن الى
 أربعة أيام تعليق فلا يلحق
 بخيار الشرط فلا يكون
 الاثر الوارد في خيار الشرط
 وارداً فيه بخلاف خيار
 التعيين فانه من جنس
 خيار الشرط لان في كل
 منهما خياراً بغير حرف
 التعليق فكان الاثر الوارد
 في خيار الشرط وارداً فيه
 (قوله وان لم يذكر الزيادة)
 أقول يعني قوله ولي الخيار
 الى ثلاثة ايام قال المصنف

(وهو المذكور في الجامع الصغير) أقول لم لا يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين (قوله وفيه نظر
 الخ) أقول ولأن تقول مراد الاولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتنا معلوماً اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قررته العلامة
 الزيلعي في شرح الكثرة لا يرد النظر اذ يعود الضمير على هذا الى خيار التعيين (قوله وحجة الآخر ان قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول
 كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح فخلطه بين فان التوقيت
 المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت له ما وله هذا استدلال على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة محمد في الجامع الصغير على
 ما فصل في المحيط والذخيرة فيجبر على التعيين بعدم مضي الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذكر خيار الشرط معه
 ووقت ومضت مدته بلافق فتأمل ثم أقول محصل كلام الشارح أنه ينبغي خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان بمجماعه
 على ما كان قبله اذا لم يعين المشتري أحدهما فظهر أنه يتفك عن خيار الشرط فلي تأمل (قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

(ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لأن المعيب ممنوع (١٣٣) الراد لأن رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعاً وهو في دعواه ذلك منهم فكان التعيب

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لا ممتنع الراد بالتعيب ولو هلكا جميعاً معاً يلزمه نصف عن كل واحد منهما الشيوع البيع والأمانة فيهما

الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما أو عليه أن يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث لميزن لمحكم من ملك غيره على ما ذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لأنه صار بمنزلة الشرط المختلط ماله مال غيره فمال يطلب شريكاً القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وان لم يتراضيا على خيار الشرط معاً لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لأنه أصله وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه إذا كان فيه خيار الشرط فضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاثة في قوله غير موقت بهاء عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظراً وقد طوّل بالشرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذاً بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها أحب بأن في خيار النقد تعليقاً صريحاً بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وورداً فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب أن أخذه في خيار النقد في الثلاثة بأثر لابن عمر فيه ونفي الزائد بالقياس وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريح عن سليمان مولى ابن البرصاء قال بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه أن لم يتقدّم الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا فأجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه إلا أنه لا يطابق قول المصنف في مسألة خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لا ممتنع الراد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الراد بالتعيب فيعرف منه أن هذا إذا كان بعد أن قبضه الما امتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرّى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعد هلك بغير شيء لأنه تعين أنه أمانة أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار أن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض يبطل البيع (ولو هلكا معاً) بعد القبض (لزمه نصف عن كل واحد منهما الشيوع البيع والأمانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا إذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما أو أثره هذا انما يظهر إذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فإن كانا متفقين فلا وكذا إذا هلكا على التعاقب فاختلفا في الهالك أو لاداعي البائع أنه أكثرهما ثمناً وقال المشتري الأقل فإن القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول أو لا يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وإن خلفا يجعل كأنهما هلكا معاً ثم يرجع إلى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل فإن أقامها قضى بينه البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معاً بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المراد وشياً استحسننا لأن المعيب محل لا بداء البيع أيضاً بخلاف الهالك ليس محلاً لا بدائه فليس محل لثمنه ولو كان البيع فاسداً فقبضهما فأحدهما مضى عليه بالقيمة والآخر أمانة ولو ماتا جميعاً ضمن نصف قيمة كل منهما ما خلف البيع الصحيح فإنه يضمن نصف عن كل فان قيل من أين يتعين المعيب للبيع دون الأمانة وأحدهما الأعلى التعيين مبيع كما أن أحدهما الأعلى التعيين أمانة وامتناع الراد للعيب المعل

اختياراً دلالة فإن قيل قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهالك أحب بأنه أقل من ذلك لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لأنه لم يقبض الآخر ليشتره وقد قبضه باذن المالك فكان أمانة فإن قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما إذا طلق الرجل إحدى امرأته أو أعتق أحد عبديه فماتت أحدهما فإن الباقية تعين للطلاق دون الهالك وكذلك في العتاق أجيب بأن المرأة إذا اشترفت على الهالك خرجت عن محلبة وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب إذا اشترفت عليه خرج عن محلبة الراتع فيه فتعين لكونه مبيعاً ولو هلكا جميعاً معاً لزمه نصف عن كل واحد منهما العدم أو لويه أحدهما لكونه مبيعاً فشاع البيع والأمانة فيهما

أن يكون على حذف المضاف والقرينة القرينة قوله فكان التعيب اختياراً (دلالة) أقول فيه بحث (قوله لأنه لم يقبض الآخر ليشتره الخ) أقول أي ليستديم اشتراءه فإن مقصوده

استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك لأحد بالتعيب ففي الآخر أمانة (أقول أحب بأن المرأة إذا اشترفت به على الهالك خرجت عن محلبة وقوع الطلاق) أقول فيه تأمل فإن خروجها عن محلبة وقوع الطلاق بالاشتراف على الهالك غير مسلم

وأما إذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الأيام فله أن يردهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة لانه أمين في أحدهما فغيره بحكم الأمانة وفي الآخر مشترط قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فاذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فإرد أحدهما وان اختار أحدهما الزمه نفسه لانه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولومات المشتري في الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أمّا بطلان خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث وأما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل العموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه إشارة الى أن خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار محمد في الماذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البيع قياسا على خيار (١٣٣) الشرط وذكر في المجرّد انه لا يجوز لان هذا

البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذا المبيع كان معه قبل البيع فإرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وتبين مما ذكرنا ان المبيع أحد الثوبين والاخر أمانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ففي بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز وأثبتها فخر الاسلام وقال في وجه المجاز

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولومات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال (ومن اشترى دارا على انه بالخيار)

به فرع اعتبار انه هو المبيع وفيه التحكم اذا اعتبر انه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة أجيب بأن اعتبار المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لا يجب الضمان ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته وأما عدم الضمان على الأمين فياستحب الحاصل فان قيل لم يضمن الا آخر اذ اهلك ثانيا باعتبار انه مقبوض على سوم الشراء الجواب يمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منه ما على حقيقة الشراء لأحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا ينجز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة فاذا فرض وجوبها يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الاخر لا أمانة فان قيل لا شيء انعكس حكم طلاق إحدى الزوجتين وعق أحد العبدین هنا حيث يتعين للطلاق والعناق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع أجاب على القبي بأنه لا فرق في الحاصل لان الهالك يملك على ملكه في المسائل كلها غير أنه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعناق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للأمانة وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لا شيء يجعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الاحداث الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محل الرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي بالضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرج جاعن كونهما محللا للطلاق والعناق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمنع عليه رد الاخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك انعام العقد فلهما فاذا انعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك انعام العقد فهما (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام وأقل أو أكثر عندهما

ان كل واحد منهما ما احتمل أن يكون مبيعا قال (اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منه ما للؤلؤ والمرجان أصناف الخروج اليهما وان كان يخرج من أحدهما قال (ومن اشترى دارا على انه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط

(قوله وأما إذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميننا وهو قوله فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لان الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول يعني للشرط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث الخ فقوله ولهذا ايضا لا يكون الباقي خيار التعيين الذي شرطه من له الخيار بل خيار ابتدائي كما سبق ولهذا لا يتوقف وهذا ظاهر للتأمل فلا وجه لما قاله الاتقاني قال المصنف (ومن اشترى دارا الى قوله الى اختياره الملك) أقول لا ينبغي عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها فلما تأمل والظاهر أن المراد بالاختلاف منه بطله

(فبيعت دار أخرى بمجنيها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا) يسقط به الخيار لان أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الادفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدانة الملك واستدانة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لا لتحقيق الشفعة وأما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجوار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجوار في دار يريد ردها قال شمس الأئمة أما وجوب (١٣٤) الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهم ما لانه مالك للدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة

فلا نه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بمجنيب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبته دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان المشتري لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دار المبرها فبيعت بمجنيها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لم يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة أيام فرضى أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يردّه) وكذا اذا اشترى به ورضى أحدهما بعب فيه وكذا لو اشترى به ولم يراه ثم رآه (قال المصنف فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول

فبيعت دار أخرى بمجنيها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الادفع ضرر الجوار وذلك بالاستدانة فيتمضمّن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت بين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر أن يردّه) عند أبي حنيفة وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

(فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالمبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بمجنيها لان له الاجازة والرضا والشفعة بهارضاهما لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لانه) أي الشان (ما ثبتت) الشفعة (الادفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدانة) الملك فيثبت شفعه دل على أنه مستقيم للملك (فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت بين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة) لانه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا فيفيد الرضا بالمبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لانهم ما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكهما فتحته له الشفعة بها والوجه انهم ما أيضا يحتاجان الى زيادة ضمنية لان الملك وان كان ثابتا عندهما فلا رفعه فهو مزيل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسح بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبته الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى اذا رآها كان له أن يردّها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يستط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة به (قوله) واذا اشترى الرجلان عبدا (مثلا على انهما بالخيار ورضى أحدهما بالمبيع) بطل خيار الآخر (فليس له ان يردّه عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئا فاطلعا على عيب فرضى به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما ذلك أو اشترى بالمرأى ربه رضى وما الذي

انما قال من وقت الشراء اذا مرجح لاثبات الملك في الاوقات التي بعده حتى يتعين له (قوله) احدهما لا يثبت الادفع ضرر الجوار) أقول يعني فلا بد من الجواز (قوله) فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء تنافيا لان سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجتمع الملك عند أبي حنيفة الخ قال المصنف (فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة الخ) أقول لتأمل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه اذا رد أحدهما فليس للآخر أن يرضى وما الذي يترجم به جهة الرضا على الرد

قيد الضرر. الزائد لان في امتناع الرد ضرر أيضا لئلا يكون من التغير بل ليجزى عن إيجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر
الحاصل من الغير أقطع وأجفع من الحاصل من نفسه. فان قيل يبعه منهما رضاهما ليعيب التبعض أحجب بأنه ان سلم فهو رضاه في
ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بقوله لان تفرق (١٣٥) الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل

حصل بفعل المشتري برد
نصفه والمشتري اذا عيب
المعقود عليه في يد البائع
ليس له أن يرد به حكم خياره
لكن هذا العيب بعرض
الزوال للساعة لا آخر
على الرد فاذا امتنع ظهر عمله
(قوله وليس من ضرورة
اثبات الخيار) جواب لهما
وتفسيره ان اثبات الخيار
لهما ليس عين الرضا برد
أحدهما وهو ظاهر ولا
الرضا برد أحدهما لازم من
لوازم اثبات الخيار لهما
لتصور الانفكاك بتصور
اجتماعهما على الرد فلا
يلزم من اثبات الخيار لهما
الرضا برد أحدهما قال
(ومن باع عبدا على أنه
خباز أو كاتب) رجل اشترى
عبدا على أنه خباز أو كاتب
فيكون بخلافه بأن لم يعلم
من الخبز والكتابة ما يسمى
به الفاعل خبازا أو كاتباً

لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لساقيه من ابطال حقه
وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشر كقوله أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر
زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن
باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه)
أحدهما دون الآخر (لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه)
حقه (وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشر كقوله أحدهما رده معيبا به وفيه الزام
ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا ينفذ على ذلك الا بطريق
المهاياة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بالحق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في
ملك البائع قلنا من نوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان
قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضى بهذا العيب أحجب أنه انما رضى به في ملكهما فان قيل بل رضى به
مطلقا لان الخيار معه لوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامرين أحجب
عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره يعني لا يلزم من كونه شرطه له ما أن يكون راضيا
بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بنفسه ففسخها فاذا جازها كان هو الطاهر والظاهر أن التصرف من
العاقل اذا احتمل كلام من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر انما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان
الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب)
أي عرفه ذلك (فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) ولو
مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف
مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن
فيه غرر صحيحا والاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز
الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجود وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة
أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا لما ذهبوا اليه على الاصح عنده لانه شرط زيادة
مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حامل جاز كما اذا شرط في الفرس انه هلالج وفي الكتاب أنه صائد
حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكدولا به أمالوا اشتري جارية على أنها حامل

فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن
في ظاهر الرواية يقوم العيب كاتبا وخبازا على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف
السلامة المستحق بمطلق العقد و يقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك أمره

(قوله وفيه نظرا لانا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولك أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضى
بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكيلان فليتما مل (قوله وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من
ابطال حق الآخر (قوله ضرر الاراد) أقول أي المريد الرد (قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول ان أراد تفرق الملك بين المشتريين
فالبائع من الرد ليس كذلك وان أراد تفرقه بين البائع والراضى فلانسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرد ما الخ) أقول يعني
وكذا لا يرد اذا كان الراد موجبا للعيب

فلا ن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو اخترا عا ليس مرغوب فيه كما اذا باع على انه أعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد الشرط لانه الرجوع الى صفة الثمن أو المثلن كان ملائما للعقد ألا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر (١٣٦) فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل أو على انها تحلب كذا فان

البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول ونظم المعلوم الى المجهول يصير الشكل مجهولا ولهذا الشرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه

لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبر والكتابة فيظهـرحاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لانعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك فقواته يوجب التخيير لان المشتري ماضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيختير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أى الذى يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلته التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نجمة فاذا هى حل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل

لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ماضى به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلته التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالنافقة والشاة وقيل يجوز لان الحمل في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشترى اهلا يتخذها ظرفا بشرط انها حامل يعنى ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فبطلت كانت كالنافقة وان لم يرد ذلك جاز حلالا لفسد البراءة من عيب الحمل ومنه لو اشترى على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والحاربية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجده كاتبا أو خبازا على أدنى ما يطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه أن يوجد منه أدنى ما يطلق عليه اسم الكاتب والخباز أعنى الاسم الذى يشعر بالحرفة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بأن يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله واذا لم يجده كاذرا وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت رعن أبي حنيفة لا يرجع بشئ لأن ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعد الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كفى العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا أو لکنه نسي عندك والمدة تحتمل أنه نسي في مثلهما فالقول للمشتري والاصل في هذا أن القول لمن نسي عندك كاتبا أو لکنه نسي عندك والمدة تحتمل أنه نسي أصل والوجود في الصفات الاصلية أصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تأيدت بمؤيد وان لم تتأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لافى الزام الخصم اذا عرفه فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس به هذا الوصف وقال البائع هو به هذا الوصف للعالم يؤمر بالخبر والكتابة فان فعل ما يطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري يسكر ذلك فالقول قول المشتري ورده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للعالم وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان قلن بكر لزم المشتري بلا عين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا عودا لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر فان لم يكن قبضه يحلف بالله لقد بعته وهى بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري

بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الناحتر في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هى جارية و يفسد به العقد وأن كان مما لا يوجب كذا راجعا الى النوع كذا كرنا من المثل فلا يفسد لکنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة وأما اخذه بجميع الثمن فلا ن الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أقول لا يظهر فائدة هذا القيد فليتم

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قال (ومن اشترى شيئاً لم يره فالببيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاء رده) وقال الشافعي لا يصح العقد أصلاً لان المبيع مجهول

وروى عن أبي يوسف ومحمد في رواية انهما تردبشهادتهن قبل القبض بلامين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يخلف البائع لان العيب لم يثبت للعالم فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليقين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يثق بهن ولو قال بعثتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لان الأصل هي البكارة ولا يبريها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجدته خيراً مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والنياب اجناس أعنى الهرى والاسكندري والمروى والكتان والقطن والذ كرمع الاثني في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط نفس التفاوت في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوباً على انه اسكندري فوجده بلدياً أو هندي فوجده مريباً أو كان فوجده قطنياً أو أبيض مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران أو دار على أن بناءها آجر فاذا هو ابن أو على أن لانياء ولا تخجل فيها فاذا فيها بناء أو تخجل أو أراض على أن جميع أشجارها مثمرة فوجده واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فضاء على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه فحل فاذا هو خصي أو عكسه أو أنها بغيلة فاذا هو بغل أو نافقة فكان جلاً أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو جارا أو بعيراً فاذا هو تان أو نافقة أو جارية على انه ارتقاء أو حبل أو ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغي في مسئلة البعير والنافقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل ولو باع داراً بما فيها من الخدوع والخشب والابواب والتخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم والازوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط نبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لنبوت الخيار عند الرؤية (قوله ومن اشترى شيئاً لم يره فالببيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاء رده) سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جراباً فيه أبواب هروية أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً ومنه أن يقول بعثتك ذرة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار اذا رأى شيئاً من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن المطلق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء مسمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعثت منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره من الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة ابعداً القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كان يقول بعثتك شيئاً بعشرة وقول المصنف (وقال الشافعي لا يجوز العقد أصلاً) هو فيما لم يسم جنسه قولاً واحداً انه

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منعه لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئاً لم يره فالببيع جائز معناه أن يقول الرجل لغيره بعثتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الذرة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعثت منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وأيس في ذلك المكان بذلك الاسم غير مسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزاً أي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قال العلامة الكاكي في المبسوط الاشارة اليه والى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى أقول في كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط جواز سيما بالاجماع كلام فتأمل

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه) وهو نص في الباب فلا ينكره بالمعارض فان قيل هو معارض بهذا
حكيم بن حزام وهو أنه قال قال عليه (١٣٨) الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمركب للشرى لا جاعلا على أن

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تنفي
الى المنازعة لانه لو لم يوافق به رده فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه

لا يجوز وأما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والجلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى
قوله الجديد لا يجوز وعن مالك وأحمد مثل قولنا واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول
عثمان بن عفان وطهعة رضي الله عنهما وذلك المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصر عليه يعني
وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه انتهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونفيه عن بيع ما ليس عند
الانسان وما ذلك الا لجهالة قلنا أما انتهى عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اذنا فاما
لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا المبيع كون المبيع مملوكا للبائع فقصينا هذه وأما بيع
الغرر فلفظه يفيد أنه غير ذلك ليس الا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغرورا
بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بأن انتهى عن ذلك لما يلزم
الضرر فيه ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فاما اذا
أوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري
فانه لو كان له به حاجة وهو غائب واوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته رعاة فوت بأن يذهب
فيماومه فيه آخر رآه فيشترى به منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار
عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقلين من غير لحق شيء من الضرر فإني بتناوله انتهى عن بيع
الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعافكان مشر وعاقطعا فوجب أن يحمل الحديث على
المبيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعافليس الا لئلا فظهر ان كلا
من الحديثين لم ينف ما أجزناه فكان نفيه قولنا بلا دلائل وكفانا في اثباته المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم
لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو
ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسل لا حديثنا اسمعيل بن عمار عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي
مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه
وان شاء تركه والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدلته لا ينفي علم غير المضعفين
بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسلمة بن المحقق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين
أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق
أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه يبنى على أن العمل على وفق الحديث هل هو صحيح له
وهي مسألة مختلفة بين الأصوليين والمختار لا مال يعلم أن عمله عن الحديث وقد روى الحديث أيضا
مر فوعارواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى
شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة الا أن في طريقه الى أبي حنيفة ع
ابن ابراهيم الكندي نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود
فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا
لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالرؤية فهم امل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشئ كسك اشتراه وهو
براه فانه انما يثبت الخيار له عند شفه فله الفسخ عنده شفه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده
متغيرا لان تلك الرؤية غير معروفة بالمقصود الا وكذا اشتراه الاعي يثبت له الخيار عند الوصف له فاقم
فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه) يعني فيما لو

المشتري اذا كان قد رآه
فالتقيد جائز وان لم يكن
حاضرا عند العقد قلنا بل
المراد انتهى عن بيع ما ليس
في ملكه بدليل قصة
الحديث فان حكيم بن حزام
رضي الله عنه قال يا رسول
الله ان الرجل يطلب مني
سلعة ليست عندي فأبيعها
منه ثم أدخل السوق
فاستجدها فاشترى بها أسلما
اليه فقال عليه الصلاة
والسلام لا تبع ما ليس عندك
وقد أجمعنا على أنه لو باع
عين امرئ ما يملكه ثم ملكه
فلم يجز وذلك بدليل
واضح على ان المراد به ما ليس
في ملكه والمعقول وهو ان
الجهالة بعدم الرؤية لا تنفي
الى المنازعة مع وجود الخيار
فانه اذا لم يوافق رده ولا نزاع
ثمة يقتضي خياره وانما
أفصت اليها قلنا بان إبرام
العقد ولم نقل به فصار ذلك
كجهالة الوصف في المعايين
المشار اليه بأن اشترى ثوبا
مشارا اليه غير معلوم عدد
ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم
العين وان كان ثمة جهالة
لكونها لا تنفي الى المنازعة
وعورض بأن البيع فوعان
بيع عين وبيع دين وطريق
المعرفة في الثاني هو الوصف
وفي الاول المشاهدة ثم ما هو
طريق الى الثاني اذا تراخى

عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد وأجيب بأن المعارضة سافطة اشترى

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهي يقتضي المشروعية

لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاه الجاهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تفريع على مسألة القدوري يعني كإمكانه الخيار اذا لم يفسد رضىته فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحدث الذي رآه والمعلق بالشئ لا يثبت قبله لثلاث يلزم ويعود المشروط بدون الشرط ولانه لو لم يلزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما أدى الى ابطاله فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالتبطل فكأن معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرر الجواب ان حق الفسخ يحكم انه عقد مدغبر لازم لانه لم يقع منبر ما فجاز فسخته لوهاه فيه ألا ترى ان كل واحد من العاقلين في عقد (١٣٩) الوديعه والعارية والوكالة علك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز ان يثبت له على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزمه لان ما هو شرط لازم فهو شرط للزوم (قوله ولان الرضا بالشئ) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء الرضا والرضا بالشئ (لا يتحقق قبل العلم بأوصافه) لان الرضا استعسان الشئ واستعسان

(وكذا اذا قال رضىته ثم رآه أن يرد) لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد مدغبر لازم لا يقتضى الحديث ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضىته قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

اشترى ثوبا مشار اليه لا يعلم عدد زرعه ان يرد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى القائل مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضىته) الى آخره أى وكذا الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضىته كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه أن يرد لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدرو هو مطلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا جاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لم يلزم مع استواء نسمة التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذ لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت بأسباب كثيرة فالحدث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ به لان معنى الخيار أن له أن يجوز ان يفسخ ثم لم يثبت الاجازة بسبب آخر فبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضىته قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك وأما الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعه والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا رواية فيه وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضىته قبل الرؤية) فلو لم يلزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم ان منع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقوا لكم عدم الزوم سبب آخر قبل الرؤية فلنا منع تحقق عدم الزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخته فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فثبت بحكم السبب وهو الزوم الى غاية الرؤية ثم رفعه عندها فثبت قدرة الفسخ والاجازة معا وعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجازة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأثمان الخاصة بخلاف مالو

من انتفاء احتياجه الى المبيع أو ضياع غنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف

(قوله وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منبر ما لوهاه فيه على ما فصله المحجب غاية ما في البيان أن عدم الاتهام باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليتأمل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول هذا أيضا ممنوع لما يجي في الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر قال المصنف ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق) أقول فيه أن عدم العلم بأوصافه غير مقرر ورض فان غير المرئي قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي بأوصافه

قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولالة الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البايع الثمن زيفاهو بالخيار ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشتري إذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا يفسخ برد (١٤٠) الثمن وينفسخ برد المبيع لانه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أى

الخيار للبائع انما هو باعتبار (ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) أى من جهة البائع (وثبوتا) أى من جهة المشتري (وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فان بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجهه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة أوجب بأنهم مالم يسبين فيه لان الرد من جانب المشتري باعتباره انه كان يظنه خيرا مما اشترى فبرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده باعتباره ان المبيع أريد مما ظن فصار كالمو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشتري

قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولالة الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا والوثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشراء مالم يره فلا يثبت دونه وروى أن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبت فقال لى الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لى الخيار لاني بعته مالم أره فحكما بينهما ما جبر بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضور من العصاة رضى الله عنهم

كان البيع انما من أحد النقيدين فان فيه الخيار ولو تباعا بمقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحل كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا مالا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد مالم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرد كان له أن يرد أو ليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء لارضابا بعذر وقوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد دخلا فالأبى يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع مالم يره) بأن ورث عثمان من الأعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له) وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول أولالة الخيار اعتبارا بخيار العيب (فانه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة) (وخيار الشرط) فانه يجوز له ما ولو اقتصر على خيار العيب كان أقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه يجوز متأخر المصلحة التي ذكرناها ثم تقر بالمصنف حيث قال (وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) يعنى في حق البائع (وثبوتا) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أى تمام الرضا (الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) بخال انه قياس بجماع عدم الرضا بالبيع على الثبات وهو تعليل بالعدم وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بحكم العقد فكذا ههنا ويرد عليه ان حكم الاصل أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهم ما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهم ما اذا استكتاعه فيلزم حينئذ فكذا ههنا وليس الواقع هذا الظهور باختلاف حكم الاصل والفرع ولولم يختلفا فالأصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حق له أن يرجع وذكروا المرجوع اليه وجهين أحدهما (انه معلق بالشراء مالم يره فلا يثبت دونه) ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذا حاصله انتفاء الحكم لاتقاء الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوى في البيع في عن عاتقة بن أبي وقاص ان طلحة رضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا فقبل لعثمان انك قد غبت فقال لعثمان لى الخيار لاني بعته مالم أره وقال طلحة رضى الله عنه لى الخيار لاني اشتريت مالم أره فحكما بينهما ما جبر بن مطعم رضى الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بمحض من العصاة رضى الله عنهم لان قضية يجري فيها التقاليف بين رجلين كبير بن ثمانم ما حكاهما غيرهما فالغالب على الظن شهرتهم وانتشار خبرهما فحين حكم جبر بهذا ولم يرو عن

أحد

والخيارين فليجز من البائع وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه

القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبر بين عثمان وطلحة كان بمحض من العصاة رضى الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الاطلاق دلالة وقياسا ولهذا يرجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث

قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قبل خيار الرؤية بوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبهه الرذبا لعيب والاصح عندنا انه باق مالم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطله عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وليد كرم ما يبطل خيار الشرط في باه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يتحقق به مرة ويحذف في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والابطال فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يتحقق به أول مرة فانت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يتحقق به أو يتحقق به لكنه لا يحل في غير الملك بحال أو يتحقق به ويحذف في غير الملك لكن فعلة مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يتحقق به ويحذف في غير الملك في الجملة فلوا استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيار الملك لعدم الحاجة اليها والحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يتحقق به لان صلاحها لا يوطئ قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطئ في غير الملك فكان اختياره قبل بشكل على هذا الكلي مستلزمان احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعته بمجنها اذا رافاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمستلزمان في فتاوى قاضيتان وأجيب بان الاصل فيه ما هو وان خيار الرؤية لا يبطل بصرح الرضا قبل الرؤية لمساذا كرمنا فلا يبطل بدليل (١٤١) الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ

بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يبرهان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا أو تصرفا يعنى في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منه ما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لم تعذر الفسخ فبطل الخيار

أحد خلافه كان اجماعا سكو تيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه واختار انه لا يتوقف (بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعنى بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقا فلذا اوصله بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للتصرف (كالاتفاق) للبعد الذي اشتراه ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري فالحلوص الحق فيه للمشتري وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للباقي لانه لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا (عذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقديره قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم ان خيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعى عدمه

على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدا فما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير والذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعده نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افقك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بان ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعدها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة

(قوله فاشبه الرذبا لعيب) أقول فيه تأمل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعنى أن الضابط يفهم مما ذكرنا قوله ويعلم (قوله ويحذف في غير الملك) في الجملة أقول يعنى باجازه الملك (قوله قبل بشكل على هذا الكلي الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفي في صحة النكاح فانه لم يفسخ بطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لان سلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والتسليم ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أي فسخ البائع استقلالاً (قوله لا يمكن رفعها) أقول مطلقا ومن التصرف مستقلا

وعن الثاني بأن دلالة الرضا لا تبرع على صريحه اذ لم تكن من ضرورات صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال وأما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا أي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى بمعنى اذ لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعد دها لوجود الدلالة مع عدم المانع (قال ومن نظرا الى وجه الصبرة) اعلم ان المبيع إما أن يكون شيئا واحدا أو أشياء متعددة والثاني إما أن يكون متفاوتا لا حاد ولا فذلك أقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون منهذرة كما اذا كان عبدا أو جارية فان في رؤية جميع بدنهم - ما رؤية عورتهم ما وذلك في العبد لا يجوز أصلا فسخ العقد أو لم يفسخ وفي الامه لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير المثل لان العقد ارتفع بالفسخ من أصله (١٤٣) فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان

البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطي والنشر فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في أحاده وان

وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا (قال ومن نظرا الى وجه الصبرة) أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية أو الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له (والاصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذر معرفته في رؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فان كان لتفاوت أحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت أحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الخنطة والشعر لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالنموذج

اذا رآه وحاصله تقديره يخص بالعقل (وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالة على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار قبل الرؤية ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاختصاص بالشفعة وبالعرض على المبيع فانهم اذا وجدوا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهم خيار الرؤية بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من ان دلالة الرضا لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لوعاده الى ملكه برديقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الاسباب جديدة الا في رواية عن أبي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من تحال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه اذا رآه دلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله) ومن نظرا الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية الخ (والاصل في هذا أن رؤية جميع أجزاء المبيع غير مشروط) في انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذر) عادة وشرعا والبالجأ أن ينظر الى

كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المصنف فيكتفي برؤية واحد منهم - ما لان برؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج الآن يكون الباقي أردأ منه فاعلى هذا اذا نظرا الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكمل يعرض بالنموذج

(قوله وعن الثاني بأن دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثاني عندى أن يقال ليس بطلان الخيار هنا دلالة الرضا عورة أو صريحه بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال الاتقاني تقول سام البائع السلعة عرضها وكرهها وسامها المشتري بمعنى استامها وسوما ومنه ولا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يشتري كذا في المغرب انتهى وقال العلامة الكاكي المساومة طلب البائع والمشتري لبيع سلعة كذا في الفوائد انتهى (قوله فان في رؤية جميع بدنهم ما رؤية عورتها) أقول لا يخفى عليك أن الكلام في الرؤية التي يبطل الخيار معها اذا وقع البيع بعدها ولا يبطل الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذي ذكره الشارح بل الاولى أن يقال فان في رؤية جميع بدنهم ما رؤية عورتها وما هو ليسا في ملكها وما هو حرام فليتأمل فانه يمكن أن يقال المقصود اثبات المدعى بالطريق الاولى وفيه ما فيه بل المراد الرؤية بعد البيع وهي تسقط الخيار اذا قبض بعدها

وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كوضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو الكفل في الدواب فيعتبر برؤية المقصود ولا يعتبر برؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجنس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود عورة العبد والامة اللذين يريد أن يشتريهما ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا سقط الخيار في الأصل سقط في التسبع اذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر الى وجه الخارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنه ما أو ظهرهما أو سائر أعضائهما إلا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الأعضاء في الماء والعبد تبع للوجه ولذا اتفقت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى سائر الأعضاء وفي الدواب يعتبر برؤية الوجه والكفل لانهم ما المقصود ان يسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما ما هو المروى عن أبي يوسف وقيل لا يسقط ما لم يرقوا عنها ونقل صاحب الاجناس عن المجتهد عن أبي حنيفة في الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذهما أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكتفى بالوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن أبي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار (وفي شاة اللحم لا بد من الجنس) باليد فلا يكتفى بالرؤية ما لم يجسها (لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلاو شرط فتحه انضر البائع بتكسرتوبه ونقصان جمته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الآن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين أو يكون في طيه ما ينقص بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالمراد بطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المسوط الجواب على قول زفر وفي البساط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهه بدون الصرم يبطل قيل وينبغي أن ينظر الى الصرم في زمانة التفاوت وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنه ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو وأما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة بما يحشى بها مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل في البيع أشياء فان كانت الأحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته) أي علامة ما لا يتفاوت أحاده (أن يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية واحد منها) في سقوط الخيار (الا اذا كان الباقي أردا مما رأى حينئذ يكون له الخيار) يعني خيار العيب لاخبار الرؤية ذكره في المبيع وفي الكافي اذا كان أردا له الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الدون وقد يجتمع معان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكره البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال (وان كانت أحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذي ذكرنا أعنى رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكرنا) قال المصنف (وكان ينبغي أن يكون مثل الخنطة والشعر أن يكونا متقاربا) وبه صرح في المحيط وفي الجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد أما اذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا في ما يجزئ العرق على أن رؤية أحدهما كروية الشكل ومشايخ بل لا يكتفى بل لا بد من رؤية كل وعاء والعصم أنه يبطل برؤية

(والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الآن يكون في طيه ما كان مقصودا كوضع العلم) واذا نظر الى وجه الآدمي بطل الخيار لانه هو المقصود به في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له لا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوى في سائر الأعضاء اذا نظر الى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لانهم ما مقصودان في الدواب هذا هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانهم مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعديد المنقارب في وعاءين فرآها في أحدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رأى أو فوقع بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رقد الكل لثلاثة تفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما أن تكون للحم أو للقنية أي اللحم والنسل في الاول لا بد من الجنس لان المقصود انه يعرف به وفي الثاني لا بد من رؤية الضرع وفي المطعوما لا بد من الذوق لانه المعروف للمقصود

(قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له) رؤية صحن الدار أو خارجها أو رؤية أشجار البستان من خارج أو رؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لأن كل جزء من أجزاءها متعذر الرؤية كما تحت السرور وبين الحيطان من الجذوع والأسطوانات وحينئذ تسقط شرط رؤية الكل فأقتصر رؤية ما هو المقصود من الدار فمعرفة رؤية الكل فإذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلديكون العلومقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب أي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد في لانية فأنما يختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون كصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فأما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقله مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر

(قوله يشترط رؤية الكل) أقول هذا كلام بعض المشايخ على ما يعلم من معراج الدراية ثم أقول كلام الشارح في هذا المقام مخالف للمشروح

(قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء لا يخرج منه له أو أجوداً أما اذا كان أردأ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت أحاده كالباطنج والمان فلا يكتفي رؤية بعضه في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت وأسقطت خيارى وفي شراء الرضى بال لانه لا بد من رؤية الكل وكذا السرج بأدائه ولابد له لا بد من رؤية الكل (قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذا لم يمكن النظر الى ما تحت السرور والى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفي برؤية المقصود منها (وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في الكوفة (فان دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلا بد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد إلا أن يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلديكون العلومقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الأشجار أو رؤية خارجة فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الأشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية غناب الكرم من كل نوع شياً وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى ذهناً في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكتفي حتى يصيبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة وفي الحقة ونظر في المرأة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكاً في الماء يمكن أخذه من غير اصطياذ فرأى الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو فيه هذه الرؤية لا تعرف المبيع وأما اذا كان المبيع مغيباً في الأرض كالحزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكروا في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيئاً بكال أو بوزن بهد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم ان باعه بهد ما نبت نباتاً بهد به وجوده تحت الأرض جاز البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى اذا رضى به يلزم المبيع في الكل ان قلع البائع أو المشتري باذن البائع ثبت له الخيار فلورضى به يلزم المبيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل أو الموزون كروية الكل وان قلعه المشتري بغير إذنه ان كان المقلوع شيئاً له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يرد رضى بالمقلوع أو لم يرض وجب في ناحية من الأرض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيباً لانه كان حياً يئوم وبعدة صار مواتاً والنعيب ينعى المشتري يمنع الردي بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيئاً لا يئوم له لا يطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئاً يباع عدداً ان قلعه البائع أو المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضى به لا يلزم المبيع في الكل لانه عددي متفاوت فروية بعضه لا تكون كروية كله وان قلعه المشتري بغير إذنه البائع بطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فماذا ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كروية كله وجعلناه كالمكيل والموزون

قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري) قبل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عني في قبض المبيع أو وكلتك بذلك وصورة الإرسال أن يقول كن رسولاً عني أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه بسقط خيار المشتري فلا يرد إليه إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر إذا كان عيباً يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض إليه فإذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يرد عند أي حنيضة وقالوا لا ينظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهم ما سواه في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يرد ولو كانت رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه (١٤٥) الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء

فرويته تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع إليه (لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً وكل وكيل بقبضه فقبض الوكيل معياراً ثانياً عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكن اشترى بخيار الشرط وكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصداً لا يسقط خيار الموكل ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبني على مقدمة هي (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين وبيانه (أن تمام القبض بتمام

قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرد له الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا هما سواه أنه يرد) قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصداً وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل وإذا قبضه

والعدد المتقارب لان بعضها يستدل في العادة على السك والاختلاف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف ان قلعتني لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعتني فقد لا ترضي يتطوع انسان بالقلع فان تشاحا فسحق القاضي العقدي بينهما (قوله ونظر الوكيل) إلى المبيع مكشوفاً يعني الوكيل بالقبض كما فسر المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلاً عني بقبضه (كنظر المشتري حتى لا يرد) المشتري بعد قبض الوكيل ورويته (الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل) والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع اليك المبيع أو أنت رسول إلى قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلاً لانه من ماصدقات أمرتك وقد قيل لافرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال قبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بمائة ألف ميم راء (وهذا عند أبي حنيفة وقالوا) يعني الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما رد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) وإذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيلاً برعيه ثم وكل بقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضاً (كالاسقاط قصداً) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لا يسقط (وله ان القبض على نوعين) قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضاً تاماً لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما يبطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً (وناقص وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمناً لسقوط خيار الرؤية لاسئلامه تمام الصفقة ولا يتم دونها (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصداً بأن قبضه مستورا ثم رآه

(١٩ - فتح القدیر خامس) الصفقة ولا تتم (الصفقة مع بقاء خيار الرؤية) لان تمامها تانها في اللزوم بحيث لا يرد الارضاء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط عنعان عن ذلك وإذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكذا عند اطلاق التوكيل عملاً بطلان قوله فان قلنا لم ذلك فان الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لم يسقط الموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل للموكل في القبض الناقص لا محالة

(قوله فيما إذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار (قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله إشارة إلى كون القبض وهو يراه تاماً نامل

أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقى أجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض إلى رد قياسه على الاسقاط القصدي وإلى رد قولهم بدون اسقاط الخيار وتقرر به أنه لم يتوكل باسقاط الخيار قصد الأوضحنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن التوكل به وهو القبض عني لورأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمننا ولا يثبت قصدنا والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يمتنه لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهم ما صار كخيار العيب فإنه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتدبه الإبرضا أو قضاءه وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام (١٤٦) القبض ولهذا ملك رد المبيع خاصة بعد القبض ولم يجعله يقرر بقا الصفقة

لأنه يقرر بقا الصفقة قبل تمامها بمنع والمانع يمنع ههنا دل أنها كانت تامة وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب اثبت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للوكيل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقبضا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدرى أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيله بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط واختار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكذا وكيله وفيه دل التام لأن الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس

مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدًا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وانما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولا في البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز)

فأسقط الخيار لأن بقبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (اسقاطه) لانقضاء ولايته ونقض مسئولته لم يبق الوكيل مقام الموكل فيه ما أحدهما أن الوكيل لورأى قبل القبض لم يسقط برؤيته بالخيار والموكل لورأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمن التام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هـذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه انما يأتى على القول بأن مجرد مضى ما يمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو الصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لأنه لم يثبت ضمن القبض الصحيح بل ثبت بعد انقضاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لأنه) يثبت مع (تمام الصفقة) لأنه لم يشرع انتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المبيع وحده فيما إذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الامن عيب قال نخر الاسلام بحتمل الامن عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون عناء علم أو لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني وخيار الشرط لانص فيه فلنا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدرى وهو رواية الهندوانى لأن القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يجزئ الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولئن سلم) أنه لا يبطل بالقبض التام وهو الأصح (فالموكل لا يملك التام منه) فإذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فأنه لا يملك شيئا) من القبض لا التام ولا الناقص لأنه لم يؤثر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصور الارسل في البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء أن يقول قل لفلان انى اشتريت منك كذا وكذا بعين كذا وكذا (قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) باتفاق الاثمة الثلاثة وقال الشافعى لا يجوز الا في السلم والشراء في لغة الحجاز ويقصر لاهل نجد

كلو كـ ل فان اتمام ما أرسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كل رسول بالعقد فإنه لا يملك القبض والتسليم قال (وله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) بيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا

(قوله والثاني ممنوع فان من توكل بشيء الخ) أقول لو صح هذا الزم ان لا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجزى نفعا (قوله لان الاختيار) أقول التتابع بالياء بنقطتين بعد التاءين والاختيار بالياء المنقطة بنقطتين بعد التاءين من الخيار قال المصنف (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول فيه بحث فان اختياره معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف الآن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا والحق أن يجاب بأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا اشكال الآن قوله اذا اشترى بأبى عن هذا فرع باه فليست أملى

(وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فمضى فكذا الجواب وان كان أعمى فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لأنه لا علم له بالألوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العيانيين من غير تكبير وان من أصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به غيره فاذا احتاج الأعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شراؤه كقول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا (انه اشترى مالم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب وهو يقتضي ضرورة الإيجاب وهو انما يكون في البصير والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العيانيين (١٤٧) من غير تكبير فان ذلك أصل

في الشرع بمنزلة الإجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسبه فخياره يسقط بحسبه وان كان مما يعلم بالشئ فشئيه وبذوقه في المذوقات وأما اذا كان شجرا أو غرا على شجر أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف بتمامه في مقام الرؤية كافي السلم وقال بعض أئمة بلخيس الحائط والشجار فاذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضيته سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لراه وقد قال رضيته سقط خياره لان التشبيه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين وأجراء موسى في حق الأعمى والأصلع وإطلاق الرواية يدل على أنه يقبول بذلك من غير اشتراط الوصف

وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى مالم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع اذا كان يعرف بالجلس وشئيه اذا كان يعرف بالشئ وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كافي البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف بتمامه في مقام الرؤية كافي السلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضيته سقط خياره لان التشبيه بتمامه في مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين بتمامه في مقام القراءة في حق الآخرس في الصلاة وأجراء موسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يוכל وكذا لا يقبضه وهو يراه

(وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره) فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررناه من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا بمعاملة العيانيين ببيعوا وشراء والتعارف بالانكشاف أصل في الشرع بمنزلة إجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع اذا كان يعرف بالجلس) كالشاة (وشئيه اذا كان يعرف بالشئ) كالطيب (وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كافي البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم يره المبيع ولكن شئيه فقط وهو ما يعرف بالشئ كالسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتاي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن إبقائه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف (لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كافي السلم) ومن أنكره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه العقار وقال رضيته سقط خياره لان التشبيه بتمامه في مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين بتمامه في مقام القراءة للآخرس وأجراء موسى على رأس من لا شعر له) في الإحلال من الأحرار ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق إلا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلة وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلة في السلم وجوب إجراء موسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للأعمى وعن أبي يوسف أيضا انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر بالشئ ولا الذوق والجلس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخيس الحيطان والأشجار فاذا قال رضيته سقط خياره لان الأعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سمياعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق والجلس والشئ لان التعريف الكامل في حقه ثبت به هذا الأقوال لا يمكن بحسبه كالتعمير على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشبه الروايات وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير غير لابي الليث (وقال الحسن يוכל وكذا لا يقبضه وهو يراه)

قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الأعمى يشتري الشئ لم يره فيقول قد رضيته قال له أن يره وان كان في مكان لو كان بصيرا لراه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يره وقال الفقهاء قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يוכל وكذا لا يقبضه وهو يراه

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بوجود في الخارج صادق ويتنوع وجود الموضوع فيه والأولى إيراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام لانه لم يره فان كان ذلك في الحقيقة فليست له قيمة لان الرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل بالقبض كروية الموكل كما تقدم ولو وصفه فقال رضى ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشتري بصيرا ثم عي انتقل الخيار إلى الصفة لأن الناقل للخيار من النظر إلى صفة العجز وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما) فقد تقدم أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الأحادي في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لابد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما إن شاء كي لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانما الاتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولا يكونا غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فإن تفريق الصفقة منهى عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهى عنه وهو يقتضى ردهما جميعا إن شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهى على الجيز وأجيب بأن موجب النهى مطرد في جميع صورته وموجب الجيز ليس كذلك فإنه لا يملك الرضا إذا تعيب أو أعتق أحد العبدین أو دبره والمطر دراجع وبأنه محرم والمحرر راجع على المبيع وأولاه متأخر عن المبيع لئلا يلزم تكرير النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن لأن رد أحد الثوبين لا يكون رد الالة اشتري فبين لأحد هما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهى عن تفريقهما مطلقا وقد تقدم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النهى (١٤٨) انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فإنه

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقى الخيار فيما لم يره ثم لا يرد وحده بل يردهما كي لا يكون تفريق الصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل

فيسقط بذلك خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو وصف للأعمى ثم أبصر فلا خيار له لأن خياره سقط فلا يعود إلا بسبب جديد ولو اشتري البصير ثم عي انتقل الخيار إلى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لأن رؤية أحدهما ليست رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقى الخيار فيما لم يره (فله رده بحكم الخيار ثم لا) يتمكن من رده وحده (ف يردهما) إن شاء (كي لا يكون تفريق الصفقة) على البائع (قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم

إذا أوجب البيع في شئتين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الأضرار بالبائع بل بان العادة فيما بين الناس بضم الرديء على الجديترو وبجمله بالجيد فإذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما يستشكل بالاستحقاق فإن من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضا لأن فيما نحن فيه رد أحدهما

يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لأنه لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كافي خيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فإن شاء رضى وإن شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع

(قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة) أقول تقدم بورقة تخميننا وهو قوله ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لأن تمامها تنافيها في اللزوم قال المصنف (وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة السكاكي يعني فيما إذا قبضه مستورا كذا قبل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله انتهى وفيه بحث يظهر ملاحظته ما مر في مسئلة نظر الوكيل (قوله فأن تفريق الصفقة منهى عنه) أقول تعليل لقوله لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهى) أقول وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج إلى الترجيح وأيضا المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد فرؤية أحدهما دون الآخر كروية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليتنامل (قوله أولاه متأخر عن المبيع الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله والجواب أن النهى انما هو عن التفريق إلى قوله قبل التمام بالقياس) أقول تقيد المطلق نسخ وذلك لا يجوز بالقياس لم لا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قبل (قوله يندفع ما يستشكل بالاستحقاق) أقول أي يظهر اندفاعه

قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) فقد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض والعرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لان العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبقوات العلم بالأوصاف يثبت الخيار فيبين العلم بالأوصاف وثبوت الخيار منافاة ويثبت أحد المتناقضين وهو العلم بالأوصاف (١٤٩)

بتلك الرؤية فيثبتني الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً بمثلها كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرقى فان له الخيار حينئذ اهدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علته انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف وههنا لما كان المبيع مرئياً من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلًا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك امكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجدته متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلومة بأوصافه فكان له بره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع عيئته لان التغير حادث لانه انما يكون بغير أو تبديل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر وتمسك بالأصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقبل هو الرؤية السابقة وقبل هو البيع البات الخالي عن

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرنا في خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبقواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم مرئيه لعدم الرضا به (وان وجدته متغيراً فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معلومة بأوصافه فكان له بره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث بسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري

بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهما في خيار الشرط برذا لا آخر اذا رد أحدهما بعد القبض أوجب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهر فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كافي خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقهما قبل التمام ولو كان المبيع مكبلاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفرق الصفقة قبل التمام ولو وجد بأحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في تفرق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الاكبر وذلك أن في تفرقها ثبوت ضررين دائماً غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما الا بالآخر لجلوذة أحدهما ما ورداة الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله اذا الزمان ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن السيد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المردود بمن جيد فعملنا بدفع أعلى الضررين فيه - ما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان وجدته على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم يتناول قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلا فيه يتناول الرؤية عند العقد وقبله (الا اذا كان) المشتري (لا يعلم مرئيه) أي لا يعلم أن المبيع كما قدر آه فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اباها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوباً فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجدته متغيراً) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلومة بأوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل

الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المشكر مع عيئته والبيئة بينة مدعى العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا)

قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلوماً) أقول الظاهر أن بقول معلومة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظهر الفرق بين المعنيين الاوامين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندى أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئى فليست أملى

أى المتأخرون استثناء من قوله (١٥٠) فالقول قول البائع فإنه حينئذ يكون القول قول المشتري لأن الظاهر يشهد له ظن الشيء بتغير

بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الأئمة السرخسي وقال أ رأيت لو كانت جارية شابة رأها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنهم لم يتغير كان يصدق على ذلك وقوله (بمخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع يعنى إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لأن البائع يدعى عليه العلم بالصفات وأنه حادث والمشتري منكرف فكان القول قوله مع اليمين قال (ومن اشترى عدل زطى) العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطى ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لأنه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه يبيع أو هبة فإذا قبضه فباع منه ثوبا أو هبه وسلمه لم يرد شيئا منها أى من الثياب الزطية الآمن عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا إلى العدل وأنت في قوله منها نظرا إلى الثياب فإنه إذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا إذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط قبضه وباع ثوبا

بمخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو هبه وسلمه لم يرد شيئا منها الآمن عيب وكذلك خيار الشرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفرق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع الأمثلة

عدمه فلا تقبل الابينة (بمخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية) فقال البائع رأيت والمشتري لم أره فالقول للمشتري مع عينه لأن البائع يدعى أمره عارضها والعلم بصفته (والمشتري ينكره فاقول له) وكذا لو أراد أن يردّه فقال البائع ليس هذا الذى بعته قال المشتري بل هو هو والقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البياعات كون المشتريين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تسلك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لأن تسلك بالأصل إلا أن لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع عينه وهذا لأن المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بنفسه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كمن أو أمينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بنفسه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ في الذى أحضره والبائع ينكره وقوله (إلا إذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أى فى صورة ما إذا طالت المدة (على ما قالوا) أى المشايخ (لأن الظاهر شاهد للمشتري) إذا الظاهر أنه لا يثبت الشيء في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقة تغير قال محمد رحمه الله تعالى أ رأيت لو رأيت جارية ثم اشتراها بعد عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لأن الظاهر شاهد له قال شمس الأئمة وبه أفتى الصدر والشهد والامام المرعيتاني فنقول إن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع وإن كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثله لو رأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير قال قول البائع لأن الشهر في مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطى لم يره وقبضه فباع ثوبا منه أو هبه) ثم رأى الباقي (ليس له أن يرد شيئا منها الآمن عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله أعنى فباع بعضها أو هبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل إن اطلع على عيب وهذا (لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلورد الباقي فقط كان تفرق الصفقة على البائع قبل التمام لأم من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها) وإن كان بعد القبض (بمخلاف خيار العيب فإن الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه) أى في المقبوض (وضع المسئلة) لأنها لو لم تكن مقبوضة لم تصح صودتها إذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولا أنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية إن شاء فلا يصح حينئذ قوله الآمن عيب لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما لم يرد أحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما إن شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحدث الخيار لحدث النهى عن تفرق الصفقة مع أنه تركه بالظاهر فإن تفرقها جاز بعد تمامها وحدث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم ردده مطا قبل قلنا أنه يردده معه إلا أن شرطنا ردده على الرد ولا يرد الصفقة لتكون عاملين بالحدثين معا جميعا بينهما والعدل المثل والمراد منه الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أى يعادله لو فيها أبواب والزط في المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب

الزطية

منه أو هبه وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفرق الصفقة قبل التمام لأن الخيارين

يمنعان تمامها كإحدى وأما خيار العيب فإنه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع محمد المسئلة لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه

(وإن كان السويع قد باعه وباعه المشتري بسبب هو مسخ) بأن رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء ويرجع في الهبة فهو أي المشتري لا أول أو الواهب على خياره فإذا أن رد الكل بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الأصل وهو تفریق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف أن خيار الرؤية لا يعود به سقوطه) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتماد القدوري)

(١٥١)

باب خيار العيب

آخر خيار العيب لأنه يمنع الزوم بعد التمام وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه إذا طلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخياران شاء أخذه بجميع الثمن وإن شأه رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنه في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان تطير قوله تعالى وكمن من قرية أهلكتناها فجاءها بأسا سنايبا تانا وهم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (إلى المشتري بسبب هو مسخ) محض كارد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أي المشتري للعدل (على خياره) أي خيار الرؤية فله أن رد الكل حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الأصل وهو تفریق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (أنه) أي خيار الرؤية (لا يعود) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط) إلا بسبب جديد وصححه قاضيخان (وعليه اعتماد القدوري) وحقيقة الملاحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيمحل المقتضى وهو خيار الرؤية عمل وحظ على هذه الرواية مستطوا وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا الوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعد ما هو الله الموفق

باب خيار العيب

(وإذا طلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخياران شاء أخذه بجميع الثمن وإن شأه رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير

الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنه في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان تطير قوله تعالى وكمن من قرية أهلكتناها فجاءها بأسا سنايبا تانا وهم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (إلى المشتري بسبب هو مسخ) محض كارد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أي المشتري للعدل (على خياره) أي خيار الرؤية فله أن رد الكل حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الأصل وهو تفریق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (أنه) أي خيار الرؤية (لا يعود) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط) إلا بسبب جديد وصححه قاضيخان (وعليه اعتماد القدوري) وحقيقة الملاحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيمحل المقتضى وهو خيار الرؤية عمل وحظ على هذه الرواية مستطوا وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا الوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعد ما هو الله الموفق

باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات والانتاف في خيار العيب إضافة الشيء إلى سببه والعيب والعيبة والعياب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أي صار ذا عيب وعابه زيدت عدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يذهب ناقصا (قوله) وإذا طلع المشتري على عيب في المبيع) ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخياران شاء أخذه) ذلك المبيع (بجميع الثمن وإن شأه رده) هذا إذا لم يتمكن من إزالته بلامشقة فإن تمكن فلا كإحرام الجارية فإنه بسبيل من تحمليها ونجاسة الثوب وينبغي حله على ثوب لا يفسد بالفسل ولا ينقص وانما ثبت له هذا الخيار (لأن مطلق العقد) وهو الم بشرط فيه عيب (بقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الأول من المنقول والمعنى أما المنقول فاعلقه البخاري حيث قال ويذكر عن العدا بن خالد قال كتب إلى النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشتري محمد رسول الله من العدا بن خالد بيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا خبنة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عبد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال لي العدا بن خالد بن هوزة ألا أفرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه

على أن البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لأن الرضا داخل في حقيقة البيع

باب خيار العيب

العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة (قوله) ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع إلى وصف (قوله لأن الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول أي البيع اللازم

وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تفر ركلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له فاذا فات الا لازم انتفى المزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد (١٥٣) وليس له أن يسكه ويأخذ النقصان) لان الفاتت وصف اذ العيب اما أن يكون بما

يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والاصم - بيع الناقصة والسنة السوداء والسن الساقطة واما أن يكون بما يوجب النقصان معني لاصورة كالسعال القديم وارتفاع الحية - في زمانه والزنا والدفء والخسر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن إما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لاسيما الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع والاصل فتعين الثالث (قوله في مجرد العقد) احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم

(قوله ينتفي الرضا) أقول أي ظاهرا (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما يكون كذلك لو اقتضاء اقتضاء تاما لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين ثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات وصف) أقول وكون

كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد

وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشتري العدا من خالد بن هوزة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبئة بيع المسلم المسلم ففي هذا أن المشتري العتداء وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصح في المغرب أن المشتري كان العتداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن به - بغيعة التريض كيد كبر بل يخوف قوله وقال معاذ لاهل اليمن في قوله عليه الصلاة والسلام ببيع المسلم المسلم دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويبدل عليه فضاؤه عليه الصلاة والسلام بالرديقه على ما في سنن أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فردده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالريق من الادواء التي يرد بها كالجئون والجدام ونحوها والخبئة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبئة اذا كان ممن يحرم بيته وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال حقه من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب ونفسه للداء يوافق نفسه يراي يوسف له وأما أبو حنيفة ففسره فيमारواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقه وهو قول الزنجشري الغائلة الخصلة التي تقول المال أي تمسكه من اباق وغيره والخبئة هو الاستحقاق وقيل هو الجئون وأما المعنى فلا أن السلامة لما كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولأن العادة أن القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيمتنع عند فقده (كي لا يتضرر بلزوم ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يسكه ويأخذ النقصان) أي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاجد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبايع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فأنزل عالما بطول عمره مستهله في مدة كونه في يده ولذا يعينه اتفاق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه مارضى بالثمن المسمى الاعلى اعتبارا انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه أنزل عالما بوصف السلامة فيه فثبت باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالما بالعيب فأنزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في أخذه أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فاعنيه يقابلها مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به الاتبع المعروفه غير مفردة عنه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كالموضرب البائع الدابة فتعييت فان الوصف حينئذ يضر بالضمان ويتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف

فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع (قوله لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع) الثمن الاصل (أقول أنت خبير بأن المزاحمة في الاول وفي الثاني ترجيح التبع على الاصل فليتناول (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب البيع

(قوله ولانه لم يرض بزواله) دليل اخر على عدم جواز امساك باخذ النقصان أى قيمته أو رأسه وتقرر به ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى وفي امساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لو جود المبيع فيكون الزام على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب أيضاً لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في أخذ النقصان قبل البائع اذا باع معيباً فاذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار له ما أوعده لهما وأوجب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالميا بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وأما المشتري (١٥٣) فإنه ما رأى المبيع فلو أن زمانا العقد

مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يرضه المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أى رؤية العيب عند إحدى الحالتين رضا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان الضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية (بانتقاص القيمة فالتقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والأباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذى يعقل اذا أبى من مولاه ما دون السفر من المصر الى القسرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه

ولانه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري يمكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يرضه المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله (والأباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرد له لأنه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرد له لأنه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر الداء في باطنه والأباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلّة المبالاة وهما بعد الكبر نخب في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذى لا يعقل فهو ضال لا أبى فلا يتحقق عيبا

الثمن لانه صادر مقصود بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أو لحق الشرع بأن حتى جنابة ولذا قلنا ان من اشترى بكرة فخلها وشرب منها ثم ظهر له عيب لا يردّها لان تلك الزيادة التى أتلفها جزء مبيع لانها تتبع محض (فرع) لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذى اشترى به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذى يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيباً ولا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار وأرأى باب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات ومما قالت الاثمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود والصمغ القوى على العمل وكفى جارية تركية لا تعرف لسان الترك (قوله والأباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه مجرى مجرى البديل من الصغير واذا كان ذلك عيباً في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضاً عند المشتري في الصغره له أن يرد به ثم قال القدوري (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أى معنى قوله فاذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يرد به لانه غير ذلك الذى كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش للصغير) لضعف المثانة وبعد الكبر الداء في الباطن والأباق في الصغير لحب اللعب والسرقة في الصغير (لقلة المبالاة وهما بعد الكبر نخب في الباطن) فاذا اختلف سبب ابعاد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا

(٣٠ - فتح القدير خامس) فيه سواء فلو أبقت الجارية من الغاصب الى مولاه فليس بأباق وان أبقت منه ولم ترجع الى مولاه عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو عيباً كل وحده وبشرب وحده فكذلك واذا سرق درهمان من مولاه أو من غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيباً بالاتفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات لالا كل فان سرقها من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أوفى الكبير رده لأنه عين الأول إذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري

كان غيره فلا يرد به لأنه عيب حادث عنده بخلاف ما إذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ فإن له أن يرد به ما إذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فإذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب إذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لأن المعاودة لا تكون حقيقة إلا إذا اتحد الأمر لأنه لا يقال عاود زيد فيما إذا ابتدأ غيره فعرض لتحقيق المعاودة بعد البلوغ بوجوب وجوده منه قبل البلوغ أيضا ولا فلا معاودة وقوله ليس بعيب أي لا يرد به وقوله والمراد من الصغر إلى آخره تقييد للصغر الذي ذكرناه إذا وجد منه شيء من هذه الأمور عند البائع والمشتري يرد بأن يكون صغيرا يعقل وأما الصغیر الذي لا يعقل فهو إذا فقد ضال لا أتق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الإيضاح السرقه والبول في الفرائض قبل أن يأكل وحده وبشره وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة وفي بعض المواضع ويستحب وحده وإذا قدر به أحد وما قدر به في الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين إذا صدر منه ذلك لا يرد به لأنهم قد رويوا الذي يأكل وحده إلى آخره بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين وفي الفوائد الظهيرية هنا مسئلة تجيبه هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يدول في الفرائض كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لأرواية فيها قال وكان والذي يقول ينبغي أن يسترد استدلالا بمسئلتين أحدهما إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردّها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فإذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية إذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فإذا رجع ثم برئ بالمد أو أواله لا يسترد ولا الاسترد والبلوغ هنا لا بالمداواة فيمنع أن يسترد انتهى وفي فتاوى قاضيخان اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا إذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا وقبضه فمعه عنده وكان يحرم عند البائع قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوفة عن أصحابنا أنه إن حمى في الوقت الذي كان يحرم فيه عند البائع كان له أن يردّه وفي غيره فلا يقل له فلو اشترى أرضا فزنت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع قال له أن يرد لأن سبب النزوح واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء إلا أن يجي عماء غالب أو كان المشتري رفع شيئا من ترابها فيكون النزوح ذلك أو يشبهه فلا يردى أنه عينه أو غيره قال القاضي الإمام بشكل بما في الزيادات اشترى جارية بيضاء إحدى العينين ولا يعلم ذلك فأنجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير الأول ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى أنجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الأول الذي رضى به إذا كان الثاني عند البائع ولم يجعه عنه إذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الإمام كنت أشاء ورسمت الأئمة الخلواني وهو يشاء ورسمي فيما كان مشكلا إذا اجتمعنا فشاورة في هذه المسئلة فاستفتت منه فقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله فلا وجن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أوفى الكبير رده لأنه عين الأول لأن السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ أبدا المذكور في لفظ محمد (وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة) للجنون (في يد المشتري) كإذهب إليه طائفة من المشايخ فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) معناه أن الجنون فأرق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالين لأن السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن فإذا جن في يد البائع في صغره يوما أو ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يرد به وليس معناه أن المعاودة في يد المشتري بشرط كما مال إليه شمس الأئمة الخلواني وشيخ الإسلام وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين في حاله عينيه

وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير قال (والدفر والبخر عيب في الجارية) الدفر رائحة مؤذية تنجس من الأباط والذفر بالذال المعجمة شدة الرائحة طيبة كانت أو كريهة ومنه مسك أذفر وابط دفرأ وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منه ما عيب في الجارية لا لخلل بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لأنه لا يخل بالخدمة المقصودة منه إلا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لأنه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأن الأول يخل بالاستفراش والثاني يطلب الولد فان الولد يعبر برئانه وليس باعقل في المقصود من الغلام وهو الاستخدام

لأن الله تعالى قادر على إزالته وان كان قليلا يزول فلا بد من المعاودة للرد (قال والبخر والدفر عيب في الجارية) لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام

عند البائع وان لم يكن عند المشتري فهذا غلط (لأن الله تعالى قادر على إزالته) أي إزالته سببه (وان كان قليلا يزول) وقد حققنا كثير من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمساواة فان لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد إزالته الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالردة) وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير واختاره الاسيحياني قال محمد بعد قوله إذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا بأسطر وان طعن المشتري بابق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فإنه لا يستحاف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جن مسرح باشتراط المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما إذا ولدت الجارية عند البائع لامن البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لأن الولادة عيب لازم لأن الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا وعامه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب ويوم وليلة فمادونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وليس يطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل مادون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره إلا في المأكولات فان سرقة الأجل الاكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقته البيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه وإياق مادون الدرهم عيب بلا خلاف واختلفوا في أنه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو أبق من محلة إلى محلة لا يكون عيبا ومن القرية إلى مصر إياق وكذا على العكس ولو أبق من غاصبه إلى المولى فليس بعيب ولو أبق منه ولم يرجع إلى المولى ولا إلى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع إليه فهو عيب وان لم يعرفه أو لا يقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام والبخر والدفر والزنا وولد الزنا لأن الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فإنه لا استخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا إلا إذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لأن الداء عيب وفي فتاوى قاضيان قال إلا أن يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن أبي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا إلا أن يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل إذا كان العبد أمرا ديكون البخر عيبا به والصحيح أنه لا فرق بين كونه أمرا دوك غيره والدفر نتن ريح الأباط يقال رجل أذفر وأمرأة دفرأ ومنه السب يقال يادفرأ معدول عن دافرة ويقال شمت دفرأ الشيء ودفرأ بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما باعجام الدال فيفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نتن ورمعخص به الطيب فقيل مسك أذفر ذكره في الجهمرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيئا فقالت ذهب دفرأه وأقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبحر بالميم عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمى بعض الناس البحر وفي العمارة غالب بن البحر أو قلبه وسمي به فرس لعنته وكذا الأدر وهو عظم الخسيتين والأذن عيب وهو من يسمي الماس من مخرجه والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقل في الأسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد زنا عيبا بأنه يخل بالمقصود من طلب الولد لأنها إذا كانت ولد زنا

(قوله ومنه مسك أذفر وابط دفرأ وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (والزنا وولد الزنا) أقول وكون المبيع ولد الزنا خذفي المضاف والمضاف إليه (قوله والثاني يطلب الولد) أقول خص الثاني بأخلال طلب الولد مع أن الأول

محل به أيضا لاختصاص الثاني به (قوله فإن الولد يعبر برئانه) أقول ونأى النفس من الاستيلاء بمن يعبر برئانه ذلك إلى ولده

الآن تنكر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهم وهو محل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) والكفر عيب في
 الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن محبته والنفرة عن المحبة تؤدى الى قلة الرغبة وهى تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولا يمنع
 صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي النجس والظهار عند بعض فيخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة
 في الرد فان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرد عندنا لان زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اباه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى
 هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرد
 به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى (١٥٦) بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا

أمر راجع الى الديانة ولا
 عبرة به في المعاملات فلو
 كانت الجارية بالغة لا تحيض
 بأن ارتفع عنها في أقصى
 غاية البلوغ وهو سبع عشرة
 سنة فيها عند أبي حنيفة
 وادعى المشتري بعد ثلاثة
 أشهر من وقت الشراء فيما
 روى عن أبي يوسف أو أربعة
 أشهر وعشر فيما روى عن
 محمد أو سنتين فيما روى
 عن أبي حنيفة وزفر رجما
 الله انهما لم تحض لحبل بها
 أولاده كان ذلك عيبا ترد به
 والمرجع في الحبل قول
 النساء فيكتفى بقول امرأة
 واحدة في حق سماع الخصومة
 وفي الداء قول الاطباء يقبل
 فيه قول عدلين وقال أبو
 المعين يكفي قول عدل واحد
 منهم وقيدنا بأن تكون
 الدعوة بعد المدة المذكورة
 لانه اذا ادعى في مدة قصيرة
 لا يلزم القاضي الاضغاء الى
 ذلك وبأن تكون دعواه
 مشتملة على انضمام الحبل
 الى انقطاع الحيض أو على

الآن يكون الزنا عادة على ما قالوا لان اتباعهم يخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع
 المسلم ينفر عن محبته ولا يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلما اشتراه على انه كافر فوجده
 مسلما لا يرد لانه زوال العيب وعند الشافعي يرد لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات
 الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع
 الدم واستمراره علامة الداء

غير الولد بأمه وقوله (الآن يكون الزنا عادة) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا)
 يعنى المشايخ (لان اتباعهم يخل بالخدمة) اذ كلما وجهه الحاجة اتبع هواه وقال قاضيان
 لو كان الزنا منه ممرارا كان عيبا لانه يضره عن بعض الاعمال ويزداد بالحدود وضعفها في نفسه انتهى
 بل وفي عرضه وربما نادى به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين
 البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضيان
 وهذا عندهم يعنى عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيبا
 (قوله والكفر عيب فيهما) أى في الغلام والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن محبة الكافر)
 للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يأنه على الخدمة في الامور الدينية كالتخادماء
 الرضوخ وحمل المعصية اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطا فتقل رغبته
 والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد لانه زائل العيب والنكاح والدين
 عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو انه ان كان دينيا تأنر الى
 ما بعد العتق فلا خيار له يرد به كدين معاملة بأن اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بأن جنى
 في يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده الا أن يقال وبعد العتق قد يضره في نقصان ولائه وميراثه (قوله)
 واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في أوانه (واستمراره
 علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليل على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في
 أوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الايام فان الانقطاع ليس عيبا حينئذ فحقيقة العيب فيهما بالداء ولذا
 قال بعضهم اذا أراد أن يرد بعيب الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغى أن يدعى بأحد السببين من الحبل
 أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء
 قول الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا أن يتفق منهم عدلان
 بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبل
 وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولقطة الشهادة

وهكذا

انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت

المدة المذكورة وحاض ولم يقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في

(قوله ولا يمنع صرفه عن كفارة القتل) أقول الاولى ان يقال يمنع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول
 أى عند التجار (قوله وبأن تكون دعواه مشتملة) أقول معطوف على قوله بأن تكون الدعوى بعد المدة (قوله لأن الارتفاع بدون هذين
 الامرين لا يعد عيبا) أقول فيه بحث الا يرى ان التعليل الذي ذكره بقوله لان ارتفاع الدم علامة الداء لان العادة الخ (قوله وكذا اذا
 بلغت المدة المذكورة) أقول التقييد بالبلوغ الى المدة المذكورة في الاستمرار رضا تعلق بل محل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامه فتردا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح

أو انه والمعاودة على وجهه لا يدوم فاذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لدا في بطنها والداء عيب ويعرف ذلك أي الارتفاع والاستمرار بقول الامه فان أنكر البائع ذلك لا ترد عليه الابحجة ولا يقبل فيه قول الامه وحدها فيستخلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط وعن أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامه وشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد بخلاف أن يفسخ بشهادتهن

قال المصنف (وهو الصحيح) أقول قال ابن الهمام احتراز بقوله هو الصحيح عما روى عن أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقوله مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى وله كلام متعلق به بعد صحفة

وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير وهو أوجه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والخاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل ويثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضيان ان أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكره لا يثبت له استخلف كما سندر (ويعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنهما (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ويعرف ذلك) أي الارتفاع والاستمرار (بقول الامه) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قوله ان نكول البائع) اذا استخلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحتراز بقوله في الصحيح عما روى عن أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقوله مع شهادة القابلة وعما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بما يؤيده وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر وعن محمد بأربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة وزفر بسنتين ومادون المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهد أخذ بما أدى اليه اجتهاده والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو ستمائة وأذا سمع الدعوى يسأل البائع أهى كما ذكر المشتري فان قال نعم ردعاه على البائع بالتمس المشتري وان قال هي كذلك للعالم وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للعالم وان طلب المشتري عين البائع يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحسان لانهما يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذي به دعيا وان أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستخلف عند أبي حنيفة لا وعندهما يستخلف وهذا ينبوع تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكره هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيان اشترى حارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب واذناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يردّه اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يقول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند أبي حنيفة وهو قول زفر ستمائة وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنال ان الحكم هنالك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيما مؤذرا غير قدره أبو حنيفة وزفر هنالك بسنتين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مضت اطهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو أقيس وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لانها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها لان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لانها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنالك لا يكون الامتداد دعيا فلا يتجه اناطته بسنتين أو غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكره وما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حمل أو داء في الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذلك لم يتعرض فقيه النفس قاضيان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما بل اذا ادعى الانقطاع في أو انه فقد ادعى

العيب ويكفي شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في أوأنه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسبباً عن
 داء فهو عيب وطريقاله فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعزل عليه
 والا فليظهر للطبيب داء بممتدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتدة طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها
 داء وهذا هو ظاهر الهداية التي ترى الى قوله ويعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام العتاي وغيره انما
 يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحبل
 في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ توجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول
 الاطباء أو النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحبل ثم انه
 يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء والنساء ليس تقرر بما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون
 يغلب على الظن خطوهم وكذا ما ذكره من جعل هذه وزان المشتري بكرة على قول أبي حنيفة وأبي
 يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرة وقال البائع بكرة في الحال فان القاضي يبرم النساء فان قلن هي بكرة
 لزم المشتري من غير يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيدها أن الاصل البكرة وان قلن هي ثيب لا يثبت
 حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بكم البيع وهي بكرة ان كان بعد القبض وان كان قبله
 حلف أنها بكرة غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضى
 بالنكول على ما في الكتاب والعتاي وغيرهما وفي البكرة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى
 استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكرة لها طريق تستعمل به فلا يرجع فيها الى قوله اذا عرف هذا فقول
 المصنف هو الصحيح ان كان استرازا عن قول أبي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكرة والرتق والقرن
 ذكرنا عن محمد فقير مناسب فان ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكرة والرتق والقرن
 وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انما منقطعة الحبل غير معتبر
 وقد ذكرنا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في
 الهداية وقاضيان والعتاي وهو ما صححناه أن يدعى الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف
 البائع به ما ردت عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت
 انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلف بالله ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وهذا قول المصنف ترد اذا
 انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع
 والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قد مناه من أنه اذا أنكر الانقطاع
 في الحال لا يستخلف عند أبي حنيفة ويستخلف عندهما ويجب كون الاستخلاف على العلم بالله ما يعلم
 انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولم يقر قلميا يحلف كذلك الا
 وهو باز من أين له العلم بأنها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية مبنى على ما ذكره هو في صورة
 الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا وهذا تعداد
 للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لاعتنائها بالنكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وجرة الشعر
 اذا خشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشبه في غيرا وانه دليل الداء في أوأنه دليل الكبر والعشا
 أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا وغيره وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل يساره ولا
 يستطيع العمل بيمينه بخلاف أعسر يسره وهو أن يعمل بهما معا فانه زيادة حسن والقشم وهو يوسعة
 الجلد ونشج في الاعضاء والغرب وهو ورم في الاماقي وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب
 الجرح السائل والحول والحوص فوع منه والشر وهو انقلاب الحلق وبه سمي الاشتراء الظفر هو بياض
 يبدو في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا
 * تراهن يوم الروع كالحمد القبل * والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فأما

(قال واذا حدث عند المشتري

عيب) اذا حدث عند المشتري

عيب باقية سماوية أو

غيرها ثم اطلع على عيب

كان عند البائع فله أن يرجع

بنقصان العيب بأن يقوم

المبيع سليماً عن العيب

القديم ومعيباً به فما كان

بينهما من عشر أو ثمن أو

سدس أو غير ذلك يرجع به

عليه (ولا يرد المبيع لأن في

الرضا ضرراً بالبائع) بخروج

المبيع من ملكه سليماً من

العيب الحادث وعوده إليه

معيباً به والاضرار ممتنع (ولا

يضمن دفع الضرر عنه) أي

عن البائع ويجوز أن يعود

إلى المشتري لأنه أيضاً يتضرر

بالمعيب لأن مطلق العقد

يقضي السلامة والرجوع

طريق صالح للدفع فتعين

مدفعا الآن يرضى البائع

أن يأخذه بعيبه الحادث

لأنه يرضى بالضرر والرضا

اسقاط لحقه كما أن للمشتري

أن يرضى أن يأخذه بعيبه

القديم فإن قيل أين قولكم

الأوصاف لا يقابلها شيء

من الثمن أجيب بانها اذا

صار مقصودة بالتناول

حقيقة أو حكماً كان لها حصة

من الثمن وههنا كذلك كما هو

قال المصنف (ولا يضمن

دفع الضرر عنه) أقول

أي عن البائع ويجوز أن

يعود إلى المشتري والثاني

أولى عندى فإن ما يتعلق

بحال البائع ثم عند قوله

فامتنع كالأصناف

(قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرضا ضرراً بالبائع لأنه يخرج عن ملكه المأبوع ومعيباً فامتنع ولا يضمن دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الآن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه يرضى بالضرر

القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه إلى أحد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة صلابة والدفع وهو أعوجاج في مفصل الرجل والفصع وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك إحدى ركبتيه بالآخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاطم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والجمار والخنف وهو ميل كل من إبهامى الرجل إلى أخرى وقال محمد بن الأعرابي الاحتف الذي يشى على ظهر قدميه وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مفرطة في الفم والتخث قيل إذا خش أو كان يأنى بأفعال رديئة والحق وكونها مغنيسة وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة الأكل في البقرة ونحوها وكثرته في الإنسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق إذا أفرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تنسقى بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدري حسنهما من قبها بخلاف ما إذا كانت دمية أو سوداء والعثار في الدواب أن كان كثيراً فاحشا وكذا كل العذار والجوح والامتناع من اللجام وكذا الحزن عند العطف والسير وسيلان المعاب على وجه يسيل الخلة إذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الخنطة تردبه بخلاف ما إذا كان معتاد ليس له أن يميز التراب ويرجع بخصته وكذا لو اشترى خفاً ومكعباً للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقاً ملئوا على أن فيه كذا من السمن أو قيصاً على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر إليه وظهر خلافه فلا خياره (قوله واذا حدث عند المشتري عيب) باقية سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لأن الرضا ضرر بالبائع لأنه يخرج عن ملكه المأبوع فلو ألزمناه به معيباً يتضرر (ولا يضمن دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الآن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشتري فله ذلك (لأنه يرضى بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع إلا لدفع الضرر عنه فإذا رضى فقد اسقط حقه اللهم إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرع بأن كان المبيع عصيراً فتحمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو أراد البائع أن يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من غليظ النحر وتلكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط براضيهما على إداره كالأوصاف تراضياً على بيع الخمر وشرا ثم فإن قيل ينبغي أن يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغروراً من جهته أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله كالتغاصب إذا عمل في الثوب المغصوب الخطاطبة أو الصبغ بالحمرة لأن الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع بآثبات حق الرجوع بخصه العيب فإن قيل فقد تقدم أن الأوصاف لاحصة إياه من الثمن بانفرادها أجيب بأن اعتبار أصول الضرر وجبر حق المشتري والإيهر كإصابت أصولاً بالقصد من اتلافها وكل ما يرجع بالنقصان فعنه أن يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت فإن كان مقدراً عشر القيمة يرجع بعشر الثمن وإن كان أقل أو أكثر ففي هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري أما إذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق للرجوع بالنقصان وكذا إذا قتل عند المشتري خطأ لأنه لما وصل البديل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبديل فكان كالأوصاف باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع (فرع) لا يرجع بالنقصان إذا أبقى العبد مادام حياً عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي

قال (ومن اشترى ثوبا فاقطعه) ومن اشترى ثوبا فاقطعه (فوجد فيه عيبا يرجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع) الذي هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظرا له - ما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبائع لافسده على باشره وفي عدم الردوان كان اضرار بالمشتري لكن العجز بهما باشره فكانا سواء فاعتبرا معا وانظر لهما الا اذا قال البائع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فخره فلما شق بطنه وجد امعاء فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله احيب بأن النحر افساد لالبالية لصيرورة البعير به عرضة للثمن والفساد وللهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب (١٦٠) لم يرجع بشئ لانه جاز أن يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد منعا برضا

البائع فان المشتري يصير بالمبيع حابسا للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذلك لا يمكن رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه أو صبغه أخرجت السويق بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما أن يرد على الاصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل الى ثمن من ذلك أما الاول فلأنها لا تنفك عنه وأما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه رد باقليس للبائع أن يقول انا آخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة

قال (ومن اشترى ثوبا فاقطعه فوجد فيه عيبا يرجع بالعيب) لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث (فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالمبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخاطه أو صبغه أخرجت السويق بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذه) لان الامتناع لحق الشرع للاحقه (فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان) لأن الرد ممتنع أصلا لانه لا يكون بالمبيع حابسا للمبيع

لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الاياس من الاصل وعند أبي يوسف يرجع لتحقيق العجز في الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوبا فاقطعه) يعني ولم يخطه (ثم وجد فيه عيبا يرجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك) أي مقطوعا (كان له ذلك لان الامتناع) أي امتناع رده (لحقه وقد رضى به) أي برده معيبا فزال المانع (فان باعه المشتري) أي بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشئ لان الرد لم يمتنع) بالقطع (برضا البائع) حين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا للمبيع) بالمبيع (فان) كان المشتري (قطع الثوب وخاطه أو صبغه أخرجت السويق بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة) المتصلة وانما امتنع (لانه لا وجه للفسخ في الاصل) أعني الثوب بدونها كاصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست بمبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من البيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلورده على الزيادة لزم الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة الربا يحكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه) وان رضى المشتري بترك الزيادة (لان الامتناع) لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الرد برضاه باسقاط حقه لا يعمد الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشتري يرجع بالنقصان لان الرد)

المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة يمكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثرثمنع منه لما مر من التعديل وغير المتولدة كالكسب لا تمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما أن الكسب ليس بمبيع بحال ماله لا يولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كانت منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن تسلم له مجانا لما فيه من الربا فان باع المشتري الثوب المخطى أو الثوب المصبوغ بالحرمة أو السويق المتلوث بالسمن بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان لان الرد كان ممتنع قبل البيع فلا يكون المشتري بالمبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا او الاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فان أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما

فيه على ملك المشتري ويمكنه

الردوان رضى به البائع فان
أخرجه عن ملكه رجع
بنقصان العيب وعن هذا
أى عما قلنا إن المشتري متى
كان حابسا للمبيع لا يرجع
بنقصان العيب ومتى لم يكن
حابسا يرجع قلنا إن من اشترى
ثوبا فاقطعه لباسا الولد الصغير
وخاطه ثم اطلع على عيب لم
يرجع بالنقصان لان
التملك حصل قبل الخياطة
لانه لما قطعه لباسا له كان
واهباله وقابضه لاجله فتمت
الهبة بنفس الإيجاب
وقامت يده مقام يد الصغير
فالقطع عيب حادث وللمشتري
الرجوع بالنقصان وللبائع
أن يقول أنا أقبله كذلك
لكن باعتبار أن القطع للولد
الصغير وهو تملك له صار
حابسا للمبيع فيمنع الرجوع
بالعيب وهذه نظير ما إذا
باع بعد القطع قبل الخياطة
وعلى هذا ذكر الخياطة في
هذه المسئلة ليس يحتاج اليه
الا أنه ذكرها بمقالة الصورة
الثانية (ولو كان الولد كبيرا
رجع بنقصان العيب) لان
القطع عيب حادث فللمشتري
الرجوع بالعيب وبالخياطة
امتنع الرجوع حقا للشرع
بسبب الزيادة فبالتمليك
والتسليم بعد ذلك لا يكون
حابسا للمبيع لا امتناع الرد
قبله وهذه نظير ما إذا باعه
بعد الخياطة والصبيغ والتم
(قال ومن اشترى عبدا

وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فاقطعه لباسا الولد الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه (قال ومن اشترى عبدا فاعنتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه)

لما امتنع لم يكن المشتري يبيعه حابسا له عن البائع (وعن هذا) الاصل وهو ان الرد اذا كان
ممكنا فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس (قلنا
إن من اشترى ثوبا فاقطعه لباسا الولد الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التملك
من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار
به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان
الولد كبيرا) والباقي بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصرم مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على
ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال
بين أن يخرج به عن ملكه بالمبيع أو الهبة أولا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معني ما في النوائد
الظهيرية من أن الاصل في جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه
الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا
يمكنه الردوان رضى البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة
بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبيغ والخياطة
والتم بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي وأحمد ولو قال البائع أنا
أقبله كذلك ورضى المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان
حظا فطمع بها أو لحافا سواء أو دقيقا فخبره فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بحابس للمبيع بل
امتنع قبل البيع لحق الشرع وفي كون الطحن والشئ من الزيادة المتصلة تأمل والمتولدة من الاصل
كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا يمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبع الاصل
بتولد هانئ مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن
والثمر في بيع الشجر والارث والعقر وهي تمنع الرد لعدم الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن
التعبية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضى بهما جميعا
التمن وأما بعد القبض فبإدخال المبيع خاصة لكن بمحضته من التمن بأن يقسم التمن على قيمته وقت
العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والتمن ألف سقط
عشر التمن ان رده وأخذت مائة وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل
دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعي رحمهما الله وفيه الحديث الذي
ذكرناه أول الباب الذي فيه قول البائع انه استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم لم الخراج بالضمان
وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لا مكان الفسخ على الاصل بدونها
والزيادة للمشتري ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الايمان ولذا كانت منافع الحرة
ملا مع ان الحرة ليس بعمال والعبد المكسوب للمكاتب ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له
حكمه فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بأقعة سماوية ثبت له الرد كما أنها
لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارث وانما فيه المصنف بقوله أجرة لتكون زيادة بالاتفاق فان
السواد عنه نقص كما ستعلم فهو كالقطع وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان
بالانفاق (قوله ومن اشترى عبدا فاعنتقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به) أي يتم وكل ما انتهى فقد لازم لامتناع الردي حيث ذوق فيه اضرار للشئ بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا لضرر فأن قيل قوله (والامتناع حكى لا بفعله) يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبح الثوب أجسره فانه امتنع الردي بفعله ويوجب الرجوع بالعيب أجيب بأن امتناع الردي هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بأنه حيث يجب أن يقول والامتناع حكى لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبح بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله وأما الاعتناق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكانه في يده يحبسوه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي (١٦٣) الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادعى ما خلق في الاصل محلا للملك

وانما ثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتناق والموت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتناق لانهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والردي متعذر فصار حابسا لا ترى ان الولاء ثبت بالعتق والولاء ركن آثار الملك فيقاؤه كبقاء أصل الملك (والتعديب والاستيلاء بمنزلة الاعتناق) لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكى مع بقاء المحل والمالك فان قيل كيف يكونان كالاعتناق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا وهما الملك متقرر فلا حاجة اليه (وان اعتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشئ)

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به والامتناع حكى لا بفعله وأما الاعتناق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادعى ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى الاعتناق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والردي متعذر والتعديب والاستيلاء بمنزلة لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكى (وان اعتقه على مال لم يرجع بشئ) لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض (فان قتل المشتري العبد

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به) والشئ بانتهائه يتقرر فكان الملك قائم والردي متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع اذا امتنع الردي انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري أما اذا ثبت حكما شئ فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا صبح الثوب أجسره واخواته فانه يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله وأجيب بأن امتناع الردي في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغي للصنف ان يزيد فيقول لا بفعله الذي لا يوجب زيادة (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعي وأحمد (لان العتق انهاء للملك لان الادعى ما خلق في الاصل للملك وانما ثبت الملك فيه) عن سببه (موقتا الى الاعتناق) فيثبت (انه انهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء (لان الشئ بانتهائه يتقرر) الى آخر ما قررناه وقوله (والتعديب والاستيلاء بمنزلة) أي بمنزلة الاعتناق وان لم يزل الملك كما يزيله الاعتناق (لانه يتعذر) معهما (النقل) من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتناق وقوله (بالامر الحكى) أي بحكم الشرع لا بفعله المشتري كالقتل (فان اعتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشئ) وكذلك كاتبه لان المشتري حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه) أي العتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف وبه قال الشافعي وأحمد (لان العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (انه انهاء للملك) أعني الرق وبهذا ثبت به الولاء في الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طردا لوجه ما تقدم من كونه حابسا له بحبس بدله (قوله فان قتل المشتري العبد) أي لم يمت عنده حنف أنفه

لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة انه يرجع لان الاعتناق لانهاء للملك وان كان بعوض (أو لان المال فيه ليس بأمرأ لم يبل من العوارض ولهذا ثبت الولاء به وان قتل المشتري العبد

(قوله فان قيل قوله والامتناع حكى الى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول ان أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سببا مستقلا لعدم الرجوع فهو ممنوع وان أراد دلالة على سببية في الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا يرد النقض والرد الذي أوردته على جوابه ولك أن تقول الباء فيه للاستيلاء ولا يلزم الاطراف فتأمل وانت خبير بأنه لو أراد رد النقض على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر اذ لا يرد حيث ذمما أوردناه والحق أن يقال في الجواب عدم الرد أقول أنت خبير بأن عبارة الجواب السابق لا تأتي عن الحل على هذا المعنى (قوله فصار حابسا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الانهاء محتاج الى الخ) أقول فيه بحث فان مراد القائل كلف يكونان كالاعتناق ولا يجري فيهما وجه الاستحسان فيبقيان على القياس فتأمل

المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه (١٦٣) يرجع وذكر في الينابيع قول محمد بن محمد لان

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبه بغيره بدلا كالتقصاص والدية فصار كالوثع عرض على فراشة وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أى مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فإنه ليس بوجوب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصربه مستغنيا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فأكله أو شربه فأنفسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استخسانا وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعتاق ولا يبيح حنيفة رحمه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع أو قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بـ نزلة عوض سلم له والجواب عن قوله ما انه لا يعتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء

أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمد كوز ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبه بغيره فصار كالوثع عرض على فراشة وقد تقدم حكمه وجه الظاهر أن القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجد بوجوب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا وأما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استخسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبهه البيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا لا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء فهو يمنع الرجوع فان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشئ) عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالمد (كوز) من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف انه يرجع) وذكر صاحب الينابيع ان محمد بن محمد وهو قول الشافعي وأحمد (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبه بغيره بدلا كالتقصاص والدية فصار كالوثع عرض على فراشة وقد تقدم حكمه وجه الظاهر أن القتل لا يوجد الا مضمونا) قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أى مهدر (وانما يسقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبء عوضا) هو سلامة نفسه أن كان عبدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كائنه بآءه (بخلاف الاعتاق) لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه في ملك الغير لا ينفذ وعق أحد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجب به ذاته فلم يستفد أى لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما (وأما الاكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعي وأحمد وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوي (وعنده لا يرجع استخسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به (فكان كاعتاق) بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به (وله انه أتلفه بفعله مضمون منه) لو وجد في غير ملكه غير انه سقط أى انتفى الضمان للملكه فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا يعتبر بكونه مقصودا) بالشراء لانه وصف طردي لا أثر له في إثبات الرجوع (الأتري ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استخسانا مع تأخيره جوابه عن دليلهما بغيره مخالفته في كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما أوجب بأن امتناع الرد فيه ما لحق الشرع لالفعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة أما في مجرد القطع فلا يتم ولذا الوفاء له البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عنده) يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لان الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤيته بعضه كروية كله يسقط الخيار (فصار كالوابع بعضه) ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع من غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الآن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وعنه ما رواه ابن الرواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي

ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان أكل بعضه ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض

قال المصنف (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد) أقول ولقائل أن يقول الميعنى يستفيد باعتاق الولاء فلم يوجب مستغنيا

البيع الثاني كالمعدوم)
والبيع الاول قائم فله
الخصومة والرد بالعيب
(قوله غاية الامر) اشارة

الى جواب زفر عما قال اذا
بجد العيب ليس له ان يدعى
على البائع الاول ان به عيبا
لكون كلامه متناقضا
ووجهه ان غاية امر المشتري
انكاره قيام العيب لكنه
لمصار مكد باشرعا بقضاء
القاضي ارفعت المناقضة
وصاركن اشترى شيئا وافر
أن البائع باع ملك نفسه ثم
جاء انسان واستحقه بالبينة
لا يبطل حقه في الرجوع
على البائع بالثمن (قوله وهذا
بخلاف الوكيل) اشارة الى
الجواب عما يقال اذا رد
المبيع بعيب على الوكيل
بالبينة كان ذلك رد على
الموكل وفيما نحن فيه الرد
على المشتري ليس رد على
البائع ووجهه أن البيع في
صورة الوكيل بيع واحد
فرد على الوكيل رد على
الموكل وفيما نحن فيه بيعان
وبرأ أحدهما لا يرتد الآخر

قال المصنف (لكنه صار
مكد باشرعا) أقول قال ابن
الهام وقد يقال تكذيب
الشرع اياه باثبات العيب
لا يرفع مناقضته وكونه
مؤاخذا في حق نفسه
بزعمه وهي الدافعة لخصومته
للبائع الاول اه وفيه
بحث

البيع كأن لم يكن غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكد باشرعا بالقضاء ومعنى القضاء
بالاقرار أنه أنكر الاقرار فثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة
حيث يكون رد على الموكل لأن البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني والاول
لا يفسخ

البيع كان لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يخال مانع منه وهو أن
القضاء بالبينة والنسكول فرع انكاره العيب فخصومته البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع
خصومته ولذا قال زفر انه لا يرد عليه لانتقاض المذكور وكذا بالاقرار فان معناه على ما فسر المصنف
ان يدعى عليه انه أقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب
الشهود ووجههم ولهذا قال بعد الرد ليس به عيب لا يرد على البائع الاول بالاتفاق أجاب المصنف عنه
بقوله (لكنه صار مكد باشرعا بالقضاء) فأنعدم انكاره العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق
والا فيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعلون فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية
اصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف
قوله لا عيب به بعد الرد لانه لا مكد به وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته
وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته البائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل
متصل بقوله له أن يرد لان المعنى له أن يخاصم فيه بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة
عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو باباء عين أو باقرار من الأمور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون رد على
الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول
قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وههنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل
من غير تكلف زيادة وقيد نحر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء العين وبالاقرار في
عيب لا يحدث مثله أما في عيب يحدث مثله يرد بالبينة وباباء العين ولا يرد المأمور مع الاقرار لان اقرار
المأمور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراط البينة أو النسكول أو الاقرار والفرص انه لا يحدث مثله انه اذا
اشتباه على القاضي ان هذا عيب قديم أو لا أو علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع
فاحتاج المشتري الى اقامة البينة أو غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ ان
العيب كان في يد البائع فيرد عليه أما اذا عين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء
من ذلك فيكون الرد على الوكيل رد على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه ينسكول
الوكيل يلزم الموكل فان النسكول بذل عنده اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار
الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه ألا ترى انه لو ادعى
بمال على عبداً ذون له في التجارة فأنكر ونكل عن اليمين بحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز الا في نحو
الضيافة البسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن
نفسه ولو كان اقرار المملك الرجوع عنه والشئ اذا أجرى مجرى الشئ لا يلزم كونه مجرى مجراه من كل
الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد ثم تظاهرت في الدعوى
من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للذي بها ثم
أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعى قال يسمع القاضي بينته وترد الدار عليه ولو أقام انه اشتراها
من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل في الوجهين والنسكول بمنزلة الاقرار وأبو يوسف
يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في
عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان هذا الفسخ عدة جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني

(وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يردّه) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما
والاول ثالثهما

الفسخ الذي بلا قضاء وقوله (وان قبل) يعني المشتري الاول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يردّه)
على بائعه هـ ذاهو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه
بعبء بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له أن يردّه على البائع الاول خلافا لردّه وان قبله بالتراضي ليس له
أن يردّه عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كأن المشتري الاول
اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له أن يردّه على الاول فلا
خصوصية فكذا هذا وللهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد
بعبء بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق
الخصوصية في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يردّه اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعبء عنده يرفع
العبء من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ
وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقه ما فان قيل لما بشر سبب الفسخ وهو النكول
أو الاقرار بالعبء يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا وجوب كونه بيعا في حق ثالث
أجيب بأن المسئلة فيما أقر بالعبء وأبى القبول فرد عليه القاضي جبرافلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم
الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالعبء فلا يردّه على
بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو كان عقارا لا يبطل
حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعبء بالينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع
من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الحبلى وسلمها فردت بعبء بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أو البائع
لأنصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صححت كماله لم يبعها الابن فادعاه الاب والوالدة ما لو أحوال
غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعبء بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت
أجيب ببيان المراد وهو أن محمدا ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك
الواهب فيما يستقبل لانما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع
في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك
الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت داره بغيرها
ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل
كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذها بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل
المدكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما
مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولايته كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق
على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولايته هذه الدعوة وكذا المسئلة
الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولأن صحته لا تنسند على عندنا
على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض
لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم
العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن
يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم عما اذا كان المبيع من غير
النقود أما مناهلا وذلك المسئلة تقام في المحيط من المنتقى أن من اشترى دينارا بدينارهم ثم باع الدينار من
آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يردّه على بائعه وذلك لمعنى وهو

وان كان الثاني فليس له أن
يرده لانه آفالة وهي بيع جديد
في حق ثالث والبائع الاول
ثالثهما هذا اذا رد المشتري
الثاني على الاول بعد
القبض وأما اذا كان قبل
القبض فلا فرق بين ما اذا
كان الرد بقضاء أو بغيره
لان الرد قبل القبض بالعبء
فسخ من الاصل في حق
الكل فصار كالرد بخيار
الشرط أو بخيار الرؤية

(قوله وان كان الثاني فليس
له أن يردّه) أقول معطوف
على ما تقدم في هذا القول
وهو قوله فان كان الاول
فاما أن يكون باقرار

ودر حيز كروضع الجامع الصغير لينين أن الجوار في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة أو النافصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والاحراض سواء كان قد يتوهم أن العيب إذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يردّه على بائعه ليقبضه بوعوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات ١٦٨ يسوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقاله تعتمد التراضي

(وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء عيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم الذي باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة

ان المبيعين - حيفتد يكونان معدومين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشتري يردّه بخلاف المبيعين في غير النقود كسئلة الهداية فانهم موجودان في ذلك اذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يردّه على بائعه وإذن ما فهم من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضوع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله (وفي الجامع الصغير) الى آخره انما ذكره لان ظاهره يخالف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيد هاهنا في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء عيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لانه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والنافصة والسن الساعبة فامتناعه فيما يحدث مثله كالحرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري أولى قال المصنف (وفي بعض روايات البيوع) أي يسوع الاصل (ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعني على البائع الاول اذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول) وقد فعلنا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعليه لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضى والمراد لا يحدث مثله مطلقة وفي مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات ان هذا ردت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهم ما فعلوا ما فعله القاضى لان الحكم الاصل في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما صار الى الرد للعجز فاذا انقله الى الرد لم يصح في حق غيره ما لا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل الفحول الى غيره فافترقا هذا كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه أما اذا كان قبل قبضه فله المشتري الاول أن يردّه على البائع الاول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كالمو باع المشتري الاول للمشتري الثاني بشرط الخيار له أو بغيره فله خيار رده فانه اذا فسح المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول أن يردّه مطلقا وعلت أن الفسخ بالخيار لا يتوقف على قضاء قال في الايضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فوجب العقد وقد تنهاى الى الآن حقه في صفة السلامة فانه لم يثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لان الصفة تثبت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة وانما ظهر أثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقه ما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسح في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت أصلا لان ما يسلبان اللزوم في أصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقه وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة)

فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيره - ما هو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخصمه (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان أقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما بين البائع أو بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار بالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به وأجابوا بأوجه بانه من باب علقتهما بتساوما باردا تقديره وسقيتهما ماء باردا وبأن يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغائتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم أى حكم الاجبار أو حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علقتهما

تبنانه بمعنى أطعمتهما فانه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فانه منى أى ومن لم يشربه على

(قوله وأجابوا بأوجه بانه من باب علقتهما الخ) أقول هذا الجواب للامام طهر الدين (قوله وبأن يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أى لم يحكم بشئ (قوله واقامة البينة حكم من الاحكام) أقول أى وجه حكم فالماضاف محذوف

وبأن لا يتطاول مستلزم لعدم الاجبار دون الزايم وادارة الملزوم لذاته والحق ان الاستسكال اعما هو بالنظر الى مفهوم العاية وهو ليس
بلازم (قوله) لانه أنكر وجوب دفع الثمن) لتلبيح لعدم الاجبار لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه بدعوى العيب
وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن أولا ليس لالتعين حق البائع بازاء تعين المبيع فحيث أنكر تعين
حقه في المبيع لان حقه في التسليم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا وفي انكار العلة انكار المثلول فالتعيب خصصا ولا بد حينئذ من
حجة وهي امانة أو عين البائع فان قيل في هذا التعديل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد اليقين اليه لا اقامة البينة بالحديث
فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعى ما يوجب دفع الثمن أولا وان كان في الصورة منكر (قوله) ولانه لو قضى بالدفع
لدليل آخر يتضمن جوابا مقابلا للموجب للعيب وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض
المحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي (١٦٩) اعتباره صونا لقضائه عن النقض

فانه اذا قضى بالدفع فله
يظهر العيب فينتقض
القضاء قال (فان قال المشتري
شهودي بالشام) اذا طلب
من المشتري اقامة البينة
على ما ادعاه فقال شهودي
بالشام غيب (استخلف البائع)
فان حلف دفع اليه الثمن
لان في الانتظار ضررا بالبائع
فان قيل في الزام المشتري
دفع الثمن ضرره ايضا
اجاب المصنف بقوله (وليس
في دفع الثمن كبير ضرره
لانه على حجة) يعني هو
بسميل من اقامة البينة
عند حضور شهوده وفيه
بحث من وجهين الاول
ما قيل في بقاء المشتري على
حجته بطلان قضاء القاضي
وقد تقدم بطلانه والثاني
ان الانتظار واقامة الحجة
بعد الدفع مؤقتان بحضور
الشهود فكيف كان

لانه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليعتبر حقه بازاء
تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه (فان
قال المشتري شهودي بالشام استخلف البائع ودفع الثمن) يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود
لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرره لانه على حجة

على البائع أن العيب كان عنده وعند غيره وقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البينة يجب برى على دفع
الثمن وهو فاسد فقد ظهر ميرالدين الثاني خبرا هكذا لم يجب برى على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم
البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر لعدم الجبر بثبت مع إحدى صورتي التحليف
ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن
بل اذا حلف وهم غير لازم لجواز أن ينكحل فيستمر عدم الجبر لعدم الجبر بثبت مع إحدى صورتي التحليف
كما ثبتت مع اقامة البينة وقيل لا بد من فعل عام يدخل تحته الغايتان أعنى الحلف واقامة البينة هكذا لم
يجب برى على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعده بأن يحلف فيحلف أو يقيم البينة ومنهم من أول
لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجب برى على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا (لانه أنكر
وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به أنكر تعين حقه) لان حقه في التسليم ولم يقبضه فاقبضه ليس موجبا
دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولا ليعتبر حق البائع بازاء تعين) حق المشتري في (المبيع) ولم
يتعين لانه التسليم وقد أنكره وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا
يعارض المحقق فالجواب منع قيام الموجب لانه البيع للتسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محمل
التزاع وايضا قد ثبت ما ادعاه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي
ما أمكن (لأن المشتري قال شهودي بالشام) مثلاً فامهلني حتى أحضرهم أو أتيتك بكتاب حكى
من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل (استخلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان ينكحل رد
المبيع وانما قلنا هذا (لان في الانتظار بالبائع كبير ضرر) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجري
مجرى الابطال خصوصاً بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبير ضرر بالمشتري
(لانه على حجة) اذله أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال

أحدهم ما ضررا والآخرونه

(٣٣ - فتح القدير خامس)

(قوله والحق ان الاستسكال اعما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول فيه بحث لان مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على
ما صرح به في التسليم خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين (قوله لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه) أقول
ضمير حقه راجع الى المشتري (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول ولعل الصحيح في الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضي
اسناد اليقين اليه لولم يكن انكاره في ضمن دعوى خلاف المظاهر وههنا في ضمن ذلك فان المظاهر في المبيع هو السلامة (قوله وان كان في
الصورة منكر) أقول فيه بحث فانه مدعى صورة ألا يرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوماً لكن يجب على
القاضي الخ) أقول اذا سلم كونه موهوماً فلا يجب على القاضي اعتبار والا فليما يحل للقضاء عن أمر موهوم فلعل الخصم مدعى الا أن
يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقيق موجب الجبر لأن البيع للتسليم أو هو مع قبضه وفيه التزاع كما ذكره ابن الهمام

والجواب عن الاول ان القاضى ههنا قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لامطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثانى بأنه في دعوى غيبة الشهود دمتهم لجواز ان يكون ذلك بمطالبة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري عين البائع فنشكل الزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب فيقبل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة قال (ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) اذا ادعى المشتري ابا العبد المشتري وكذب البائع فالقاضى لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان أقام بيئته انه أبى عنده بسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا والبراء وان أنكر وجوده عنده وأدعى اختلاف الحالة قال القاضى للمشتري ألك بيعة فان أقامها عليه رده عليه وان لم يتمكن له بيعة وطلب الممين يستخلف أنه لم أبى عنده وانما لم يخلف قبل إقامة المشتري البيعة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة أصل والعيب عارض ومعرفة انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البيعة (١٧٠) انما تقبل من المدعى والمشتري في هذه الصورة ليس بمدعى بل فيما اذا ادعى

العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذم عن الدين أصل والشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأى فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر ديننا فأنكر المدعى عليه ذلك فان القاضى يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الاول بأن إقامة هذه البيعة من تمة إقامة البيعة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الابهة فكانت من المدعى بهذا الاعتبار وعن الثانى بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعى الى احياء حقه لانه ربما

أما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه (قال ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال لم يخلف البائع حتى يقيم المشتري البيعة أنه أبى عنده) والمراد الخلف على أنه لم أبى عنده لأن القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالحجة

شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثانى ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بيئتي الى ثلاثة ايام أجلها وليس هذا بما ينفذ فيه القضاء ظاهر او باطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والنسوخ ولم يتناكرا العقد بل حقيقة الدعوى هذا دعوى مال على تقدير فاقضاء هذا يدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البيعة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله أعني ما اذا قال في بيعة غائبة أو قال ليس لي بيعة حاضرة ثم أتى بيئته تقبل وأما اذا قال لا بيعة لي خلف خصمه ثم أتى بيئته في أدب القاضى تقبل في قول أبي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل وفي جمع النسقي في قبول البيعة عن أصحابنا روايتان نعم تخلف البائع في مسألة الكتاب يخالف ما في روضة القضاء اذا قال يبيتي غائبة لم يخلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يخلف وكذا لو قال لي بيعة حاضرة في المصر فأخلفه ثم أتى بها لا يخلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله (أما اذا نكل الزم العيب لانه) يعنى النكول (حجة فيه) أى في ثبوت العيب وقيد به لأن النكول ليس حجة في كل شيء انما ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند أبي حنيفة (قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (إياها) عنده وعند البائع فأراد تخلف البائع على عدم الاباق عنده (لا يخلف حتى يقيم المشتري البيعة أنه أبى عنده) أى عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لم ذلك (لان القول وان كان قوله) أى قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه الممين عليه (الابعد) ثبوت قيام المدعى مسببا للرد (ومعرفة) أى معرفة قيام العيب (بالحجة) عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عنده ما أمافي عيب لا يتوقف الرد فيه على عوده عند المشتري كولاية الجارية وكذا الجنون

لا يكون له بيعة أو كانت له بيعة لكن لا يقدر على اقامتها الموت أو غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا

(قوله قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لامطلقا) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الاولى أيضا الا أن يقال التوقيت هنا للضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هناك (قوله وعن الثانى بأنه في دعوى غيبة الشهود دمتهم) أقول ولك أن تحجب أيضا بأنك تنفذ الضرر عن المشتري بل فلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع الدلائل في يد المشتري دون البائع فلم تأمل (قوله لجواز أن يكون ذلك بمطالبة) أقول اذ ليس له غاية معلومة (قوله هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول يعنى في الكبر أو في الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثاني ان سلامة الذم الخ) أقول ولنا ان تحجب عن هذا البحث الثاني بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع و يعود عند المشتري حتى رده ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء لا يبا قبل بكفمه وجوده في الحال

فاذا أقام المشتري البيئته حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به العيب وهذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب الرد وفي ذلك غفلة لمن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أجاز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن أويل البائع ذلك في عينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقالوا أنهم قالوا النظر للمشتري ينعدم (١٧١) إذا استحلفه بهذه الصفة وذكر

الوجه المذکور ثم قال والأصح عندى الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون باراً في عينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً وعلى هذا فائق أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال (أما لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعلة (أنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتاؤله وقالوا إنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً وهو يناقض قوله لا يحلفه إلا إذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فإن قيل الأباقي فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما

(فاذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط أما لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب الرد والأول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاؤله في العين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولولم يجد المشتري بيئته على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قوله ما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البيئته فكذا يترتب التحليف

على خلاف المختار فلا وعرف أن معنى المسئلة أن يدعي إباحة فيسكنه قيامه في الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتاس المشتري وإن أنكر طوبى المشتري بالبيئته على أن الأباقي وجب عند البائع فان أقامها رده والأحلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط قال المصنف (كذا قاله في الكتاب) أى الجامع فان عبارته هكذا فاذا أقام على ذلك البيئته استحلف البائع بالله لقد باعه وسلمه وما أبق قط قالوا (وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق) عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك حلف لقد بعته وسلمه وما به هذا العيب كان باراً في عينه وأما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتاؤله البائع في عينه أى يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعاً وهما البيع والتسليم على ظن أن صدقه لغة على تقدير قصده إليه بوجوبه شرعاً وليس كذلك فان تأوله كذلك لا يخلصه عنه الله تعالى من ذلك إلا بين بل هي بين غموس والأخصر مع الوفاء المقصود أن يحلف بالله ما أبق عندى قط (ولولم يجد المشتري بيئته على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشتري يحلف على قوله ما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف مذکور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد

التزمه وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أنى علم بذلك فيحلف على البتات لأدعائه العلم بذلك فان لم يجد المشتري بيئته على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عند المشتري هل لذلك أولاً قيل له ذلك على قوله ما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذکور في النوادر ذكره الطحاوى وهو محتمل المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة (لها ما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البيئته) وكل ما يترتب عليه البيئته (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء (قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لأن شمس الأئمة إلى قوله والأصح عندى) أقول تصحيح شمس الأئمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذکور في النوادر) أقول أى الاختلاف هو المذکور (قوله وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ) أقول بل قوله كقولهما

ولا نبي حنيفة على قول من
يقول لا تخلف على مذهبه
أن الحلف بترتب على
دعوى صحيحة ولا تصح
الدعوى إلا من خصم ولا
يصير المدعى وهو المشتري
ههنا خصما إلا بعد قيام
العيب بالجنة الشرعية
وقد عجز عنها ولا نسلم أن كل
ما يترتب عليه البينة
يترتب عليه التخلف فإن
دعوى الوكالة يترتب عليها
البينة دون التخلف والبينة
لا تستلزم الدعوى فضلا
عن صحتها بل قد تقوم على
مالا دعوى فيه أصلا كما
في الحدود بخلاف التخلف
والفرق أن التخلف شرع
لقطع الخصومة فكان
مقتضا سابقا لخصم وأن
يكون المشتري هنا خصما
الإبعد أثبات قيام العيب
في يده ولم يثبت كما تقدم
وأما البينة ههنا مشروعة
لأثبات كونه خصما فلا
تستلزم كونه خصما (وإذا
نكل عن البين عندهما
يخلف ثانيا للرد على البينات
على الوجه الذي قدمناه)
على ما تقدم

(قوله والفرق أن التخلف
شرع لقطع الخصومة)
أقول وكذلك البينات فإذا
كان لهما حكم مخصوص
ههنا فلا يجوز أن يكون
للتخلف حكم كذلك

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصما
فيه إلا بعد قيام العيب وإذا نكل عن البين عندهما يخلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما وإنما
يخلف على العلم لأنه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على أنه ما كان عنده فقيل لأنه وإن كان على فعل
الغير يمكن الحلف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به أما إذا كان مدعيا فلا
الأنرى أن المودع إذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويخلف على البينات مع أنه فعل الغير وقبل
ليس حاصلا فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي والاول أوجه فان
معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يسهل السرقة
عندى فيرجع إلى الحلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلتان أحدهما ما لو باع رجلان عبدا من
آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يخلف في نصيبه بالجزم
وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع أنه يدعى العلم بانتفاء العيب الثانية إذا باع المتقاضان عبدا وغاب
أحدهما فادعى المشتري عيبا يخلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع
ادعائه علم بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندى أن يشك ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لأن
تخلفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البينات وهو واحد أعنى العيب في ذات واحدة هو المشكك
فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشككتان لأنه إن علم بالعيب كان علمه بالنسبة إلى النصفين أوجه له كان
أيضا كذلك الآن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيخلف ههنا الوارث على
البينات في مدته ما أتى عندى وعلى العلم في مدة شريكه ما علم أنه أتى عند شريكه فيمكن مجملها ما ذلك
وعلى هذا فلو لم تكن إقامة العبد إلا عند هذا الشريك لا يخلف الأعلى البينات ويكتفى بذلك الآن هذا غير
معلوم فيخاف كاذكروا ولولم تكن أقامته إلا عند الذي مات لا يخلف الأعلى البينات لأن العقد اقتضى
وصف السلامة واعلم أن ما تطارحناه لو لم يأت عند البائع وأتى عند المشتري وكان أتى عند آخر
قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبتته برده به لأنه معيب والعقد أوجب على هذا
البائع السلام ولولم يقدّر على اثباته أنه لا يخلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بشكره (وجه قوله على)
تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ولا
يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب) وإذا نكل البائع عن البين على وجود العيب عند المشتري (يخلف ثانيا
للرد على الوجه الذي قدمناه) لأنه بشكوله أنزل مقر بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة
فيه فيخلف على أنه ما وجد عنده إلى آخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة فيل يفيده أن
البينة لا يلزم ترتبها عليهم بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود وكذا على أنه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا
ففي دعوى غير صحيحة أولى وفي الكافي الأصح أنه لا يخلف لأن التخلف شرع لدفع الخصومة لا لأثباتها
وهذا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه البين هو ومن
الخصومة فيها اتهمى خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها
مبداً أخرى وأما قوله في الوجه الحلف إنما يترتب على دعوى صحيحة فنقول إن كان المراد بالصحة
ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لأنه إذا ادعى أنه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك
أن القاضي يطلب جوابه عنه ألا ترى إلى قولهم فان اعترف أن الأمر كذلك رد عليه وإن أنكر وجوده عنده
واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها حلف إلى آخره وأعترف بوجوده عنده
وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع لزامة الجواب بأحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه البين على
عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لأن تخلفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد

قال رضى الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذباغ مبالغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدته الا بعدة فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب مما يمكن الرد وجوده عند البائع فقط كولد الجارية وكونها ولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لافرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلامه ما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكاف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تنجبه قبل اثبات الدين وهنا لا تنجبه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما ما يستدعي الجواب فكما ان له ان يحلف هنا بانكار العيب عنده ما راسا كذلك له ان يحلف بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كما ان عليه ان يثبت دخول العيب في الوجود بالبينه أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طال به رده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تأملت لافرق والله اعلم فالوجه ما قاله الامن الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أثر بلزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه مجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد عين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (اذا كانت الدعوى في اباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أتى) عنده (منذ بلغ مبلغ الرجال) لانه عساه أتى عنده في الصغر فقط ثم أتى عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو أن مناه الحلف ما أتى عنده قط اضر رنابه والزمناء ما يلزمه ولو لم يحلف أصلا اضر رنابه بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبني أصناف أخرى ذكرها فاضحان هي مع ما ذكرنا ثمة أربعة أنواع الاول أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمر والناقصة والسن الشاعبة أى الزائدة فالقاضى فيها يقضى بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به فيد البائع والمشتري الا أن يدعى البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الابعاد منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد الثاني أن يدعى عيبا باطنا لا يعرفه الا اطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عنده ما رده وكذا اذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فتمسك الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يدعى والاثنان أحوط فاذا قال به ذلك يخاطمه في أنه كان عنده الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا أنه اذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا أو قرنا ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غيران القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بالخصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا أن يدعى رضاه فعلى ما ذكرنا وفي شرح فاضحان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث بؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدونه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنتي يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع أتبعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذباغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا أتى في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أتى عند البائع في حالة الصغر وشمل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به

قال (ومن اشترى جارية وتقاوضا) ومن اشترى جارية وتقاوض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشتري (بها عيبا) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثنيها واحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لانه اعرف بما قبض (كفي الغصب) فله اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني غلامين (١٧٤) وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض (وكذا اذا اتفقا

قال) ومن اشترى جارية وتقاوضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثنيها واحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلغا في المقبوض) لما بينا قال (ومن اشترى عشرين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد به عيبا فانه يأخذها أو يدها) لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفرقة قبضها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبهة بالقد فالنظر يق فيه كالنظر يق في العقد

ولو قال بعه فان لم يشترده على فعرضه فلم يشتره سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زوفا فقال المشتري للبائع انفقته فان لم يرج رده على فانفق لم يرج رده استحسنانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع أراه الخياط فان قطعه والارده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى لميت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي القضية لو وجد به عيبا لم يخاصم بانه فيه ثم ترك الخصومة أيا ما نام عاد اليها فقال له بانه لم يسكت عن الخصومة مدة فقال لا نظرائه يزول أولا فله رده كذا في المجتبى (قوله) ومن اشترى جارية أو غيرها من الاعيان (وتقاوضا) فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية (فوجد بها) المشتري (عيبا) فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا أنه (قال بعثك هذه وأخرى معها) وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشتري بعثنيها واحدها) فارد جميع الثمن ولا يئنه لاحد (فالتقول قول المشتري لان هذا الاختلاف في مقدار المقبوض والقول) فيه (قول القابض) أمينا كان أو ضعيفا لانه يشكر زيادة يدعي عليه البائع ولان البيع انفسخ في المردود وبالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري يشكر فالقول قوله وصار (كالغصب) اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع آخر أو حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فالقول قوله (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على ان المبيع جاري ثمن ثم قال البائع قبضتم ما وانما تستحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري (لما بينا) من أن القول قول القابض (قوله) ومن اشترى عشرين (أو ثوبين) صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد به عيبا (آخر) الذي لم يقبض (عيبا فانه بالخيار) ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ردها وليس له أن يأخذ السليم ويرد العيب بحصته من الثمن في هذه الصورة (لان الصفقة انما تتم بقبضهما) لانها انما تتم بقبض المبيع ولم يوجد (فيكون) رد أحدهما وحده (تفرقة بالصفقة قبل التمام وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفرقة بالصفقة قبل تمامها بناء على أن تفرقة قبضها قبل القبض كغير بقية في نفس العقد فيما اذا قال بعثكهما بألف فقال قبلت في هذا بخمس مائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبهة بالعقد) لانه ثبت ملك التصرف كما ثبت العقد ملك الرقبة ولانه أعنى القبض مؤكدا لما أنبته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذ ارجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال يتمكينا ابن الزوج ونحوه فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحقوقه وما قبل في تمامه وحكم المشبه حكم المشبه به فان الصلاة للشارع وعلى النجاسة حرام ولو

على مقدار المبيع واختلغا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جاري ثمن اختلغا فقال البائع قبضتم ما قبضت وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري (لما بينا) ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى لان كون المبيع شئيين أمارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلقا لقبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض فههنا أولى قال (ومن اشترى عشرين صفقة واحدة) رجل قال لا آخر بعثك هذين العبدين بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد به عيبا) ليس له أن يردها لعيب خاصة (بل) يأخذها أو يدها (جميعا) لان الصفقة تتم بقبضهما) لما ان تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما تتم بقبضه الصفقة لا تتم بقبض بعضه لتوقفه على قبض الكل

اذن قال تفرقة قبل قبضهم (تفرقة قبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب صلي بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (وهذا) أي التفرقة في القبض لا يجوز (لان للقبض شبهة بالعقد) من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفرقة في القبض كالنظر يق في العقد) ولو قال بعثك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

(قوله لما بينا الى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه تأمل

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا فالواقي شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة (والاصح انه ليس له ذلك) لأن تمام الصفقة (١٧٥) بقبض المبيع وهو اسم لكل فهو كبس المبيع) لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البديلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يرد الباقي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا يتم به على ما مر ولهذا الواضح أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيئا بمائكال

صلى وبين يديه نار وبقره نجاسة كان مكروها ليس غنيا لا صحيفا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكما لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) لان الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح انه يأخذهما أو يرددهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكل) فبالقبض الكل لا يتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه (ولو قال المشتري أنا أمسك المبيع وأخذ النقصان ليس له ذلك) اما (لو) كان (قبضهما) أعنى العبدان (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن يردده خاصة خلاف زفر (فهو يقول فيه) أي في رده وحده (تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردي) لترويج الردي وفي الزامه المبيع وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبهه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لا تتم اذا كان فيها أحد الخياراتين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال أصحابنا اذا اشترى عبدان صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد العيب في الوجهين لان العقد صحيح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض وذ كر صاحب المختلف والمنظومة مثله ما ذكره في خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بصفة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفقة على المشتري والضرر الذي لم يمتد للبائع جاء من تدليس له لما قد من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالوسعي لكل واحد منهما أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هـ ذافيا يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدان أما اذا لم يمكن في العادة كعبدان أو خفين أو مصرعي باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يرددهما أو يسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كثنى واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثوبا فوجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونة لا يعمل رد المبيع خاصة (قوله ومن اشترى شيئا بمائكال) كالخنطة والتبر

صلى وبين يديه نار وبقره نجاسة كان مكروها ليس غنيا لا صحيفا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكما لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) لان الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح انه يأخذهما أو يرددهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكل) فبالقبض الكل لا يتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه (ولو قال المشتري أنا أمسك المبيع وأخذ النقصان ليس له ذلك) اما (لو) كان (قبضهما) أعنى العبدان (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن يردده خاصة خلاف زفر (فهو يقول فيه) أي في رده وحده (تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردي) لترويج الردي وفي الزامه المبيع وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبهه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لا تتم اذا كان فيها أحد الخياراتين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال أصحابنا اذا اشترى عبدان صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد العيب في الوجهين لان العقد صحيح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض وذ كر صاحب المختلف والمنظومة مثله ما ذكره في خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بصفة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفقة على المشتري والضرر الذي لم يمتد للبائع جاء من تدليس له لما قد من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالوسعي لكل واحد منهما أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هـ ذافيا يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدان أما اذا لم يمكن في العادة كعبدان أو خفين أو مصرعي باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يرددهما أو يسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كثنى واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثوبا فوجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونة لا يعمل رد المبيع خاصة (قوله ومن اشترى شيئا بمائكال) كالخنطة والتبر

قبضهما أيضا الوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هـ هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتماع كالعبدان وما اذا لم يمكن كزوجي الخلف ومصرعي الباب فانه يرددهما أو يسكهما حتى لو كان المبيع ثوبين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل دونة لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله ولهذا) أي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدان) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا بمائكال

أو بوزن) تفريق الصفة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الأعيان وبعد يجوز في غير المكمل والموزون وأما فيه ما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ وقيل إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لأنه رده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع ووجه الظاهر أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسماء وحكما أما الأول فلائنه يسمى باسم واحد ككثر وقيل (١٧٦) ونحوهما وأما الثاني فلأن المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لأن الحبة

بأنفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كروية كلها كالثوب الواحد وفي الثوب الواحد إذا وجد بعضه معيبا ليس له الرد الكل أو أمساكه لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وغيره في الأعيان المجمعة عيب فرد المعيب خاصة رد عيب زائد وليس له ذلك فالقول لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق البعض بعد القبض كافي الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب أنه على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط وعلى الأخرى انما لم يرد العيب في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لأنه لا يضره التبعض لأن استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لأنهم في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد البعض عيبا وميزه

(أو بوزن) فوجد بعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكمل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكثر ونحوه وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد فإذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لأنه لا يضره التبعض

(أو بوزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد بعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده) إذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكمل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكمل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لأن المكمل إذا كان من جنس واحد) كالخطة أو الشعر (فهو كشيء واحد) فإن الانتفاع والتقوم لا يتحقق بأحد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الأحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب أو بساط ونحوه (الترى أنه يسمى) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالكر) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدان فإنه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لأنهما شيان حقيقة وتقوموا وانتفاعا لا يوجب أفراد أحدهما عن الآخر عيبا أحدهما (قيل هذا) يعني كونه يرد الكل (إذا كان في وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما إذا اشترى عدلي خنطة صفقة فوجد بأحد هاهما عيبا فإنه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره في الإسلام قال لأن تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فإنه إذا كان مختلطا بالجلية سيكون أخف عيبا مما إذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما إذا كان في وعاءين فرد أحدهما بعينه فإنه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه أبو الوليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة وأحد الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة في الجرد أن رجلا لو اشترى أعدال من تمر فوجد بعدل منها عيبا فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لأن التمر إذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذكر الناطقي رواية بشر بن الوليد لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو جلين من القطن أو الشعر وقبض الجميع له رد المعيب خاصة لأن يكون هذا أو الآخر سواء فاما أن رده كله أو يترك كله فقد رأيت كيف جعل التمر اجناسا مع أن الكل جنس التمر فعلى هذا بتقدير الاطلاع أيضا في نحو الخنطة فإنها تكون صعيدية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين وبتقدير الاطلاع في الإسلام أن في الأعدال يرد المعيب خاصة بأن ذلك إذا كان باقي الأعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنس: بأن يكون بعض الأعدال برنيا وبعضها بسانة فبذلك خاصة أما إذا كان الأعدال من جنس واحد بأن يكون كلها برنيا أو صحنانيا أو بلبانة أو عراقية فبذلك الكل والصبرة كعدل الواحد وإن كثرت لجر بان ما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أي بعض المكمل أو الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرد وروى عن أبي حنيفة أن له رده دفع الضرر ومؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لافي

القيمة

أمره لأن تميز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فإن التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الرد الكل أو أمساكه

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قيل القبض فالحكم في غير المثل والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد) أقول اختاره هذا القول في فتاوى قاضيان ولم يذكريه (قوله لأن رد الجزء المعيب) أقول فيه بحث

قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تقرير الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا ونوجب ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افتراق بقى العقد صح ما فعل ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض وأما اذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى أن تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق (١٧٧) بعض الثوب فله المشتري الخيار في

رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماله والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعنى انه ليس بجاد في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه لكلام المصنف يتجدد حكم العيب والاستحقاق سمين قبل القبض في جميع الصور أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فلقوله أما اذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتجدر حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال ومن اشترى جارية فوجد بها فرحاً فدأواه أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضاء) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركون

القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فان المدمن القمح يساع على وزان ما يباع به الارب والغرارة وأما في المنفعة فظاهر فلا يضر ربه بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير عيبا باتباعه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا فودى عليه في السوق لا تبلغ قيمة متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يصير عيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فانما ان شاء اقتسمه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يحب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبدهما وغلماهما (وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تفرق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فأجاب بأن تقرير الصفقة انما يمنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد وقد تحقق (لارضا المالك) يعنى المستحق ولذا قلنا اذا اجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقد ينطبق العقد صح ما فعل ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وقوله (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (اذا كان بعد القبض) أما اذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه (قبل التمام) لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكاب (فله الخيار لان التشقيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقاءه شريكاً لا يقال ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) الى آخره أى هذا العيب أعني عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تميز الجيد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يكتفى بالرد الكل (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها فرحاً) ونحوه من مرض أو عرض فدأواها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو رضاء لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط) اذا ركب فيه مرة لم حاجة نفسه أو ليس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار (لان ذلك) الخيار (الاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو الاستخدام

(٣٣ - فتح القدير خامس) العبدان ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي (ومن اشترى جارية فوجد بها فرحاً فدأواه المشتري) جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عذر رضا العيب لان ذلك دليل قصده الاستبقاء لان المدأواه ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصده الاستبقاء في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضاء بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركون لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو يشتري لها علفا فليس رضا) أما الركوب للرد فلا نه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجذب دامت له إلا الصعوبة بها أو لجهز أولئك العلف في عدل واحد وأما إذا كان يجذب دامت له لانهما ماذ كرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يردّه وبأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يرجع ما بين قيمته سارقا إلى غير سارق)

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو يشتري لها علفا فليس رضا) أما الركوب للرد فلا فرق فيه بين أن يكون له منه بد أو لا لأن في الركوب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر وأما للسقي والعلف فمحمول على ما إذا لم يجذب منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شمسوسا أو لجهزها عن المشي لضعف أو كبر أو لكون العلف في عدل واحد أما إذا وجد منه بد لانهما ماذ كرناه أولئك العلف في عدل واحد وركب كان الركوب رضا لان جملته حينئذ يمكن بدون الركوب قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يردّه وبأخذ الثمن كله وله أن يسكه ويرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة وقال انه يقوم سارقا وغير سارقا فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن

مرة (مسقطا) له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش في ذلك العرض على البيع والجاراة والبس والركوب لحاجته والمداد والادوية والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا ينقطع الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختيار الذي لا جمل له شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا ما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصول الجزء الفائت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخرج الرديع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يبدل على الرضا عندنا لا يبطل خيار الرديع وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لانه (لو ركبها ليسقيها أو يردّها على بائعها أو يشتري لها علفا فليس رضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركوب للرد فانه سبب الرد) فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا يتقاد أو تلف مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته) الى ذلك فيها ما لا ينفك تكون صعوبة في قودها ليسقيها أو يحمله عليها علفا ماذ كرناه مع كونه قد يكون عاجزا عن المشي (أو لكون العلف في عدل واحد) فلا يتمكن من حملها عليها الا اذا كان راكبا وتقييده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا كره قاضي خان وغيره ولا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انما لا تمنع الرد معها تجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطبق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبها بالحاجة بنفسك وقال المشتري لاردها عليكم فاقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المسوق للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لاحقيقة الجوح والصعوبة والناس يخشون في تحيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطر شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه نعم لو جعل عليه علفا غيرها كان رضا ركبها أو لم يركبها **فرع** وجد بالادب عيبا في السفر وهو يخاف على جملته عليه أو يردّه انقضاء شهره وهو معذور (قوله) ومن اشترى عبدا قد سرق عند البائع وعلى ماذ كرنا ما وقع في المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد (نقطع عند المشتري فله أن يردّه) على بائعه (وبأخذ الثمن) كله منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وفي روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا في المبسوط حيث قال وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليدين الا دعي نصفه فيمنع قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء يرجع بنصف الثمن وان شاء رده ما بقي ورجع بجميع الثمن كالأول قطع يده عند البائع وما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منه صرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منه صرفا الى اختياره وامساكه وفي شرح الطحاوي لا يسحب الى لوقطعت يده بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضى بالعبد لا قطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفي قول أبي يوسف ومحمله لا يردّه ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبد لم يجب عليه القطع ويرجع

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والرذلة له ما ان (١٧٩) الموجود في يد البائع سبب القطع أو

القتل وهو لا ينافي المالية ألا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمد على كونه متعيب لان مباح البدن والدم لا يشتري كالسالم لانه أشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد ما في صورة القتل فظاهر وأما في صورة القطع فلا ان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فانت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضى الى الوجوب والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالاستحقاق والمستحق لا يمتثل له العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مسادفة العقد بحله أو لانه باع مقطوع البند فيرجع بجميع الثمن ان رده كالمستحق بعض العبد

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما له ما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فانت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب

ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضى البائع أن يرد فبرده ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف ان له أن يرد ويرجع بالكل وما في نقل المؤلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرعة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقر ما يظن انه ما رواه ابن تيمية عن الامام ابي حنيفة في الجواب الفصل ابتداء كما ذكرنا وبعبارة الهداية أخف فانه قال له أن يرد ويأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الاخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في الاخر وهو اذا مسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما الا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عدا أو رده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعنده ما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالاحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله يرجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرد لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف (لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا يصح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص أبى شراء المشتري أباه ببيع شرأه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالأبى المرتين ببيع عبيد الرهن لم يصح ان يعلق حق المرتين بالمالية فعرف ان استحقاق العاقبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشاء المستوفى باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العاقبة عيبا حادنا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشترى حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فانت) عنده (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولقطة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب القطع وللقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله فصار موهبة مضافا اليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها كالمقتول عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كافي الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا أنه لا يظهر أثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فبقي المالية فيصح البيع ونحوه فاما اذا قتل فقد تم

فرده وصار كما اذا غصب عبيد اقتل العبد عند الغاصب رجلا عدا فرده على المولى فانتقص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كالمقتول في يد الغاصب

والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبهم فيما اذا اقتصر من العبد (١٨٠) المشتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت هو المرض المتألف وهو حصل عند المشتري

وعن قوله - ما سبب القتل لا ينشأ في المالية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متألف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان معنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة وأما اذا مات في يد المشتري فتقر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال (ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عند ما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند أبي حنيفة لا يردده الا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثه عنده ثم الامر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع

وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عند ما يرجع بالنقصان كما ذكرناه وعند لا يردده دون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع في ثلاثة الارباع لان اليد من الأذى نصفه وقد ثلاث بالجنايتين

حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا (وما ذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضي أبو زيد وفخر الدين قاضيان رحمه الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في الامه المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يقضى اليه غايبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يقضى الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف مسئلة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته أن يردّها كما أخذها ولم يوجد فصار كالمهلك في يد الغاصب وهنا الجبيل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف به - بذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينفقض ونوقض مسائل الاولى اذا اشترى جارية محبوبة فلم يردّها حتى ماتت عنده بالحمل لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمل التي كانت عند البائع وثانها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لابلان وثانها ما اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالشكاح ثم وطئ الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عند البائع بخلاف في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فمات يفسر القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكاه وان كان موته بسبب كان عند البائع أجيب بأن الجارية لا تموت بمجرد الحمل بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلا أن البيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينشأ في المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعرض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاذ وضعف الجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حقا وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من الميسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يردّه بل ارضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما ولو كان ان رضي البائع كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لان اليد في الأذى نصفه) في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقين الكاثرين عندهما في توزع نصف الثمن بينهما انصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع الباقي ان رده بأن رضيه البائع وذلك بثلاثة ارباع الثمن ويربعه ان أمسكه بأن لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع

وفي احدهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الاخر يرجع فيه على البائع فيرده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن ههنا كذلك احيب بأن هذا على قول أبي حنيفة نظر الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل الاتذكرون ما تقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المسكيل والموزون فما الذي أوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا يلى اسكن ليس كلامنا الا أن فيه ما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب وما ينزل بمنزلة الشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبهة ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير منقول لئلا ينقض القبض من الاصل لما مر آنفاً قال ولولا تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الاخير ترجع الباعة وهو جميع بائع كالحاكم بجمع حائل بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كافي الاستحقاق لانه بمنزلة وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كافي العيب لانه بمنزلة وهذا لان المشتري الاخير لم يصرح باسحابه (١٨١) ولا كذلك الاخر فان البيع يمنع الرجوع

انقصان العيب لما تقدم
(قوله وقوله في الكتاب)
أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبه ما لان) هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضاه ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله (في الصحيح) احتراز عما روى عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فله شبهة بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل

وفي احدهما الرجوع فيتنصف ولولا تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير يرجع الباعة بعضهم على بعض عنده كافي الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبه ما لان العلم بالعيب رضاه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

معيبا لانه ان يحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرقة عند المالك فقطع بالسرقة بين فأن يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولولا تداولته الايدي) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده (ثم قطع عند الاخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كافي الاستحقاق عند أبي حنيفة) لانه اجراء مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين أن يرد ويرجع بالكل أو يسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) أما رجوع الاخير فلا نه لم يعلم به لم يصرح بالبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري للعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يكتفه الرد بعد ذلك وقوله (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما ما فلا يرجع اذا علم بالاستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبع الشمس الاثمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقة أو بأبادة دمه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجهه والعيب من وجهه فله شبهة بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشئ عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم بأن هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أجرى مجرى الاستحقاق

هذا كاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الاثمة اذا اشتراه وهو يعلم بحمل دمه في أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لاننا لمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ولكن لان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل

(قوله والنصف الاخر الخ) أقول يعني الذي لم يتلف (قوله فان قيل الى قوله يستويان) أقول يعني ما تقدم بورقة تخميننا وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سمين (قوله لينقض القبض من الاصل لما مر آنفاً) أقول يعني ما تقدم بصحيفة تخميننا وهو قوله فيتنقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد مجله (قوله قيل فيه نظر) أقول أي فيما قاله فخر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أو صحيحا) أقول لا يخفى عليك ان نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فلا مباسم بل هو بالاول فليست امل

وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا أنه عيب أو أنه عيب من وجه وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجرى مجراء قال (ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب) البيوع بشرط البراءة من كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها ولا علمه البائع أولم يعلمه وقف عليه المشتري أولم يقف أشار إليه أولا موجودا كان عند العقد أو قبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر إذا كان مجهولا لصح البيوع وفسد الشرط (وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي فقال له أبو حنيفة رأيت لو باع جارية في المأني منها عيب أ كان يجب على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع (١٨٢) منها رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص

(قال ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول أن في الإبراء معنى التملك حتى يرتد بالرد وتلك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الاسقاط لا تنفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة

لا يخرج عنه كونه عيبا (قوله من باع عبدا الخ) ليس العبد ببيع فدان البيوع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره وبإبراء البائع من كل عيب قائم وقت البيوع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضا خلافاً لمحمد في الحادث وأجمعوا أن البيوع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة والشافعي قول كقولنا وقول أنه لا يبرأ من عيب أصلا وثالثها وهو الأصح أنه يبرأ ويروي عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا إلى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فردده عليه والفرق أن كتمان المعلوم تلبيس بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافاً مطلقا هو أحد أقواله قال وهذا (بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبني فقال (هو يقول في الإبراء معنى التملك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مدونه فردده المدينون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الإبراء لمساقيه من معنى التملك (وتملك المجهول لا يصح) ولا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لأنه لا يدري أن المبيع على أي صفة هو ولأنه شرط على خلاف مقتضى العقد لأن مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا أن الإبراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعناق بأن طلق نسوة أو أعتق عبيده ولم يدركهم هم ولا أعتابهم كأن ورث عبيدا في غير بلد أو وزوجه وولييه صغيرا فبلغ وهي في غير بلد ولذا لا يصح تملك الأعيان بلفظ الإبراء ويصح الإبراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يطله جهالة الساقط لأن جهالته (لا تنفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك) فظهرنا أثره في حجة

أ كان يلزمه أن يرى المشتري ذلك وما زال حتى أخفاه وضحك الخليفة مما صنع به الشافعي يقول إذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخره البيوع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا تصح لأن في الإبراء معنى التملك ولهذا الوأبرأ المدينون عن دينه فرد الإبراء لم يصح الإبراء وتملك المجهول لا يصح ولنا أن الإبراء اسقاط لا تملك لأنه لا يصح تملك العيين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك ديني ولأنه يتم بلا قبول والتملك لا يتم بدونه والاسقاط لا تنفضي الجهالة فيه إلى المنازعة لأن الجهالة انما أبطلت التملكات أفوت التسليم

الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم وقوله (وان كان في ضمنه التملك) إشارة إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقرر به أن ذلك لمساقيه من معنى

(قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خير بان منع السند مما يجوز أحد فقوله ممنوع خارج عن الآداب وجوابه أن المنع متوجه إلى ما جرح له المعترض مبنى لمنعه لا إلى سنده وبينهما فرق بني الكلام في حجة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل ثم أقول بقي ههنا شيء آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينافر فيه لظهور صديق تعريفة عليه وإضااعة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الغاء جهة العيب ولم يقل المعترض أن حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى (قوله رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس في هذا كثرة شناعة إذ لا يلزم رؤية البائع والمكسكي أنه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يرى ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم) أقول بأن زوج أولياءه في صغره نسوة لا يعلم كم هن والله أعلم

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت ولا يبي يوسف أن الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد مقتضى وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التعليك فإن جهالة المالك فيه تمنع من التسليم فلا ترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فإن الساقط يتلشى فلا يحتاج إلى تسليم فظهر أن المبطل لتعليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وإنما امتنع ببيع شاة من قطيع للزراعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت وأما عدم الصحة في قوله أراأت أحد كما في جهالة من له الحق كالم يصح قوله لرجل على ألف وصح لئلا نل على شيء ويلزم بالنعمين على أن من المشايخ من أجازه وألزمه بالتعيين كطلاق إحدى زوجتيه وجه المختار أن الطلاق بعد وقوعه لاجهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى ولذا لو اتفقا على إبطاله لم يبطل ويدل على ما قلناه حديث علي رضي الله عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني خزاعة وذلك أنه صلى الله عليه وسلم بعث أبا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعدما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم إلى علي مالا فوداهم حتى مبلغه الكلب وبقي في يده مال فقتل هذالك مما لا تعلمون ولا يعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلا اختصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في موارث درست فقها صلى الله عليه وسلم استمأوا وتواخيا الحق ولجئ كل واحد منهما لصاحبه وفيه إجماع على للمسلمين لأن من حضره الموت في كافة الأعصار استحل من معاملته من غير تكبير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرور والله أعلم إجماع خلاف الثابت ومنه ولد المغرور للغرور بحريرة امرأة لم تزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نهى على إجماع العيوب وبقائه في يده فلم يغره وقوله شرط ينافي بمقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكون السلامة مقتضاه أن اردت العقد المطلق سلمناه أو المقيد بشرط البراءة من العيوب إن كانت منعناه والالزام أن لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة أن ظهرت وجوزها اتفاقا وقوله (ويدخل في هذه البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب فإن الإشارة إليها هي البراءة من كل عيب واحتراز بالإشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله (في قول أبي يوسف) ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن ابن زياد والشافعي ومالك ورأيه عن أبي يوسف (لأن البراءة تتناول الثابت) فتصرف إلى الموجود عند العقد فقط (ولا يبي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) يلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) بوجوب المشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقضى الغرض المعلوم دخوله أو رده ذكر في شرح الطحاوي أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف إذا دخل الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله أحجب يمنع أنه إجماع بأن في الذخيرة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لرواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقبل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعه لغير غرضهما وكم من شيء لا يثبت مقصودا وثبت تبعه ولو اختلفا في عيب حادث بعد العقد أو كان عنه دله لا أثر لهذا عند أبي يوسف

بجهالة لاتفوت التسليم كما إذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التعليك والمسقط متلاش لا يحتاج إلى التسليم أولى ووجه قول محمد أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لأن ما يجس مجهول لا يعلم أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وأبو يوسف يقول الغرض من الإبراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدّر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فإن قيل لو نص بالحادث فقال يبع بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فإنه ذكر في الذخيرة أنه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق لأن ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعه ما لا يجوز أن يكون مقصودا والجواب عن قوله أن ما يحدث مجهول أن مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم (قوله ويدخل في هذه البراءة) احتراز عما لو قال يبع هذا

العقد على أن يرى من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لأنه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

وعند محمد القول قول البائع مع عينه على العلم أنه حدث لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن فإذا ادعى باطننا يلزم به ظاهر الايصاف والابحجة وعند زفر القول للمشتري لأنه هو الماسقط لخطئه فالقول في بيان ما سقط قوله **﴿فروع﴾** جمعها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضرر بامن العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجرة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجرة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد للمشتري فيرد بأي ما شاء ولا يخفى أن هذا إذا لم يعين الشجرة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجرة أو عيب ولو أبرأه من كل غائلة فهي السرفة والاباق والفجور وكذا روى عن أبي يوسف ولو أبرأه من كل داء فمن أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضاً وقال أبو يوسف يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك وفي جمع التفريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد ولو قبل في النوب بعيوبه أبرأه من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأه من كل سن سوداء تدخل الحراء والخضراء ومن كل قرح تدخل القروح الدامية وفي المحيط أبرأه من كل عيب بعينه فإذا هو عور لا يبرأ لأنه عدمها لا عيب بها ولو قال أنا بريء من كل عيب الا باقسه برئ من اباقه ولو قال الا باق فله الرد بالاباق ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرل ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن اقراراً بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيب ارده ولو عين فقال ليس باق صح اقراره ولو وجد به عيباً فاصطلمها على أن يدفع أو يحط دينار اجاز ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لأنه رد باو زوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صلحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم اجاز وان لم يجد به عيباً ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقتصها أو التقت أو الاعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيباً فاصطلمها على أن يحط كل عشرة ويأخذ الاجنبى بما وراء المخطوط ورضى الاجنبى بذلك اجاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو متخرق وقال المشتري لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلمها على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهمها والبائع درهمها اجاز وكذا الوصلط على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهمها وترك المشتري درهمها قبل هذا غلط وناوياً أن يضمن القصار أولاً للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع وفي المجتبى أدخل المشتري القدوم في النار وأخذ المتشار وأحلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرة أو غيرها وفي المصرة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر ورأيه عن أبي يوسف والمصرة شاة ونحوها سد ضررها يجتمع ابنها ليلظن المشتري انها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس له رد ها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لقوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه الفتوى كان حسناً لغيره والمشتري بالتصريح ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض أو وجهها لمسجد اثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند أبي يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجد هامعيبه ردها في الحال لأنه ان جميع غلاتها فهو رضا وان تركها يرد اذا العيب فيتمتع الرد

باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالدين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع

العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع ما ليس بمال الخمر والمذنب والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالأبق وموقوف حصرة في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين أي موقوف على إجازة المولى والاب أو الوصى وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على إجازة المزارع والمستأجر والمزارع فلو تفاخرا لإجازة أو رد الرهن لو فاء أو أبراءه أن يسلمه للمشتري وكذلك بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلاً حتى لو تفاخرا لا ينفذ وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان وبيع المال المغصوب ذكره محمدان أقر الغاصب أو محمداً وللغصوب منه ينه تم البيع وبيع مال الغير وانتم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكره أنه إذا رجع الرهن والمستأجر إلى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع وكذا إذا أجاز المستأجر والمرتهن فإن لم يجزها وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخته وللمشتري الخيار إذا لم يعلم الرهن والإجازة وقت البيع وكذا أن علم عند محمد وعند أبي يوسف أن علم ليس له حق الفسخ فقبل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبي يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بالخلاف وفي المرتين خلاف المشايخ وليس الراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الأصح وقيل لأنه أخلف بدلاً وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف أنه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان وتقدم أن المزارعة والإجازة سواء أعنى سواء كان البذر منه أو لا فإن أجاز فلا أجر له وفي النوازل فلو أجاز المزارع فكلما نصيبين للمشتري وكذا في الكرم وإن كانت الأرض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد أنه الموصل إلى تمام المقصود فإن المقصود سلامة الدين التي لها ثمرت العقود وإيصال دفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم أنه وإن أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه إذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن إذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد مستعمل في الأعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بوصفه بل بأصله فلهذا لا يشك أنه يصدق على غير المشروع بوصفه بل بأصله وهو غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والأصول أنه يساينه فأنهم قالوا إن حكم الفاسد أفاده الملك بطريقه والباطل لا يفيد أصله فلا يقابلونه به وأعطوه حكماً يباين حكمه وهو دليل تباينهما وأيضاً فإنه مأخوذ في مفهومه وأولاً لأنه مشروع بأصله لا بوصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين فإن المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركين الأعم والأخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجهل بجواز اعتراضنا في الأعم لأنه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا وجه بعضهم الأعمية بأنه يقال اللهم إذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعترض معنى اللغة ولذا أدخل بعضهم أيضاً في البيع الفاسد بشموله المكروه لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف محاور ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل ثبتت بأسباب منها الجهالة المفضية إلى المنازعة في المبيع أو الثمن فخرج نحو جهالة كمية ففران الصبرة وعدد الدراهم فيما إذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفساد وان كان مستملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفساد هو ما لا يصح وصفه وكل ما أورث خلافا في ركن المبيع فهو مبطل وما أورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغسة وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند احد من لادين سماوى وانما قيدنا بقولنا لغة لخرج المخنوقة وأمثالها كالخمر وحة بالمذبوحة في غير المذبح فان ذلك عندهم (١٨٦) بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جازذ كرم المصنف في التجنيس

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالخمر) قال رضى الله عنه هذه فصول جعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض

المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم أو التسلم الا بضرر يخذع من سقف ومنها الغرر كضرر به القانص والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفتان في صفقة كبيع كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كحل الحيلة تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضررا لا يمكن شرعا الا ببيعها اذا في قطعها حية عجز عن التسليم لانها تصير ميتة يبطل بيعها وكون البيع من البائع عاها من جنس عن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقية خنطرة أو شعيرة مستدرك لدخوله في جهالة الثمن (قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان أحدهما (غير مملوك) كالخمر) هذا لفظ القنودرى وقد ذكرنا أنفا ان لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن إما حقيقة أو تغليباً كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه يراد به المعوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرما لا يصح فان كان ما لا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جعها) أى في حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلا) يعنى ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا مما بين لك أن المعروف في عرف فقهاءنا التباين بين الباطل والفساد فان الاعم لا ينفي عن الاخص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لافساد باجاء علماء الاصار (وكذا بالحر) بأن يجعل الميتة والحر ثمن الثوب مثلا وذلك (لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند احد) يعنى من لادين سماوى فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان ما لا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) فافساد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه أى كلام من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الزمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال انه مال لأهل الزمة كلها عندهم وهذا من المصنف يفيد ان نفاء المالية عنها بالسكينة في شرعنا وهو كذلك غاية الامران الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسد وبالمال ليس ما لا في دين سماوى باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمه الملك فلنا فيه نظرن ذكره ان شاء الله تعالى ثم

وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة قتته وهى مبادلة المال بالمال فانه أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بخلاف لانه ليس متقوم لان الشرع أبطل تقومها في حق المسلمين لثلاثي قولها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكمل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يحتاج الى تأويل لانه خلاف الظاهر

(قوله ولقب الباب بالفساد الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال في وجه التاقيب أراد

بالفساد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له (قوله كالتسليم والتسلم الواجبين به) أقول ضمير به راجع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة في اللغة وهو الذى مات حتف أنفه فلا يراد المخنوقة وأمثالها التى هى كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا الى قوله والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخمر والخنزير يقضى بصحته عند أهل الزمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوبه انه ليس محرما عندهم تأمل فان فيه ما لا يخفى (قوله أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول وأنت خير بأن قيدنا بقوم عملا حاجة اليه في اثبات المطلوب (قوله وانما أولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بخلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

قال

وقوله (والباطل لا يفيد ملك

التصرف) كأنه إشارة إلى
الفرق بين الباطل والقاسط
والباطل لا يفيد ملك
التصرف وما لا يفيد ملك
التصرف لا يفيد ملك
الرقة فالباطل لا يفيد ملك
الرقة (ولو هلك المبيع في يد
المشتري في الباطل يكون
أمانة عند بعض المشايخ)
أبي أحمد الطواويسى وهو
رواية الحسن عن أبي حنيفة
نص على ذلك في السبب
الكبير نقله أبو المعين في
شرح الجامع الكبير (لأن
العقد باطل والباطل
(غير معتبر) والقبض باذن
المالك فيكون أمانة) وعند
بعض آخر (شمس الأئمة
السرخسى وهو رواية ابن
سماعة عن محمد بن (يكون
مضمونا لأنه لا يكون أدنى
حالا من المقبوض على
سوم الشراء) لوجود صورة
العلة ههنا دون المقبوض
على سوم الشراء وفيه القيمة
فكذلك ههنا والمقبوض
على سوم الشراء هو أن
يسمى الثمن فيقول اذهب
بهذا فان رضيته اشتريته
بعشرة أما إذا لم يسم الثمن
فذهب به فهل عند
لا يضمن نص عليه الفقيه
أبو الليث في العيون قبل
وعليه الفتوى وقال محمد
ابن مسلمة البلخى (الاول
قول أبي حنيفة والثاني
قولهما كما في بيع أم الولد
والمدبر على ما سنه ان شاء الله تعالى

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما ينهيه ان شاء الله تعالى

قال (اما بيع النحر والخنزير) يعنى اذا جعل المبيع (فان كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وان كان بعين) بيع المفاضة (ففساد الفرق أن النحر مال) في الجمل في شرع ثم أمر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي غلظه بالعدم مقصود اعزازه حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله غنما اذا بطل كون النحر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والحرم مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل في المفاضة بطريق أولى لان كلاهما مبيع لكن لما كان كل منهما غنما أيضا كان كلاهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثنية والمبيعية في كل منهما فاعتبر النحر غنما والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز لا الثوب مثلا فيبقى ذكر النحر معتبرا لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لا النحر والفرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو النحر في جعل الثوب المبيع وجه البطالان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فكل غدر ورجل استأجر اجيرا فاسدت وفي منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى بي أعطى ذمة من الذمات ذكره في صحيح البخارى وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله النحر الى أن قال وبائعهما وفي الصحيح لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجعلوا هافبا عوها فأكلوا منها وحديث ان الله تعالى اذ حرم شيئا حرم غنمه وأما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف أنفها أما المختنقة والموقوفة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فإنا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لان مال عندهم كالنحر كذا ذكره المصنف في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخى يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد ان أحكامهم كاحكامنا شرعا لا ما استثنى بعد الامان والذي استثنى النحر والخنزير فيبقى ماسوى ذلك على الاصل وانفق الرواة عن أبي حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة تجوز لان النحر ومنعاجوا كل ما حرم شربه وثبت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالنحر ثم (الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أى في البيع الباطل (يكون امانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لان العقد غير معتبر فبقى) مجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسى وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في الخلاف السكائى بينهم في (أم الولد والمدبر) اذا بيعا فإنا عند المشتري لا يضمنهما عند أبي حنيفة ويضمنهما عندهما والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليس يضمن مع تسمية الثمن بل ابرام بيع كان يقول اذهب به هذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك أولى ولن ينصر المروى عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى غنما كالدرهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو منصف في تسمية الحرم كالنحر وان قلت عند التسمية مطلقا منعاه فيجب تفصيله وهو انه ان كان البطالان لعدم مالبة الثمن أصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كالمواضع على انه

قال (وبيع أم الولد والمذبر والمكاتب فاسد) أي باطل وانما قسرة بذلك لئلا يشوهم أنه بغيره الملك بائنا اتصال القبض والامر بمضلاقه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عايم الابطال وثبوت الملك يطلها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فينتفي الآخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجازم ادا بالاجماع وكذلك المناقاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المذبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي الاوازم لان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لم يكن ثابتا في الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال أولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فقي قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت (١٨٩) يتأفها فعدت الضرورة الى القول

بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يداعلى نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق البذل لازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتجهيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحيت بذل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء

قال (وبيع أم الولد والمذبر والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في المذبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحقى يداعلى نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولورضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والظاهر الجواز والمراد المذبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق

البيع الفاسد أي يمين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمذبر والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدوري قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في أم الولد (اعتقها ولدها) وافل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وبتحجج التدبير شرعا وتحججه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لانتهاء اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا في الحال (والمكاتب استحقى يداعلى نفسه لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للشترى (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكري الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وحديث اعتقها ولدها تقدم في باب الاستيلاء واذا كان أقل ما يوجب هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالجواز مراد منه بالاجماع (ولورضى المكاتب ففيه روايتان والظاهر جواز بيعه) وتنسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه (والمراد) بالمذبر (المذبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق أما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بأن بيع المذبر وأخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جع مع مذبر أو موله أو مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشترط ما حصته من الثمن المسمى وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كالأملك الحر فكأنوا مثله فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون وأما تلك القن المضموم

باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما وبين ولدها جاز بيع أم الولد والمذبر والمكاتب من أنفسهم ولوقضى القاضي بذلك نفذ قضاءه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم في القن بحصته من الثمن والبيع بالحصه بقاء جاز بخلاف الحر فانه لما دخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصه ابتداء وانه باطل على ما يجيىء قال (ولورضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والظاهر الجواز الخ) لان عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضا انفسخت الكتابة وجاز البيع وروى في النوادر انه لا يجوز والمراد من المذبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي

قال المصنف (وبيع أم الولد والمذبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزبلي أي في حق نفسه لا فيما يقابلها انتهى فان ما يقابلها يملك بالقبض الا أنه سيجيىء في آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكره موقوف (قوله لا يدخل عليها الابطال) أقول وللخصم أن ينازع فيه

وقد تقدم فيه وان ماتت أم الولد أو المذبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالوا يجب عليه قيمتها وهو رواية عن أبي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل
(١٩٠) الروايتان عنه في حق المذبر روى المعلى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المذبر بالبيع

قال (وان ماتت أم الولد أو المذبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالوا عليه قيمتها) وهو رواية عنه له ما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لأن المذبر وأم الولد يخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليهما في البيع بخلاف المكاتب لأنه في دين نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به

اليهم فلدخولهم في البيع اصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المذبر من نفسه ولذا الوفاى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب عما يوهم أنه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة إلى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز أن يختلف أفراد نوع شرعى في الحكم الشرعى لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فإنه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى ملك الفنى المضموم اليه وهذا تخصيص للبطلان فيمكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة إلى تأويله بالبطلان فلنا نحن لم نعط حكم الباطل أنه لا يدخل في العتق بوجه التخصيصه ويتحدا لازم على تقدير تأويل الفاسد بالبطلان وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العتق كالمذبر وبعضه لا يدخل كالحر وأصل السؤال فاسد لأنه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحرة لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحرة في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ قدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت أم الولد أو المذبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالوا عليه قيمتها للبائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الروايتين عنه في المذبر أم أم الولد فبإتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب ومعناه انه اذا نقلها إلى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه أما المذبر فيضمن في البيع والغصب على روايتهما هذه (لهما) في ضمان المذبر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أى كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليهما مما يصح تملكه وتعليكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لأنه في دين نفسه) لأنه حر يد فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين أعنى التي تبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجهل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذبر بعد عتقه مليل للشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليقه بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيمناسب كون التعليق لما لم يعمل اذا صلح له وهو صالح بل انصابه ليس الاعليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع بيمان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا بفرض وقوعه حسا وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشترى بعد القبض ان وافقه فالوضع لزم ان لا يضمن لانهم ما يقبضان ليشترى بابتداء القبض أن واقابل قبضا بعد الموافقة وانما البيع برزعهما فالذ كور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالقن ان المقبوض أعمن من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع

كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانفتت الروايات عن أبي حنيفة انما لا تضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم اليها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المذبر وضمن بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكان لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت به اذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقى قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه أى كل واحد منهما من المذبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المذبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتعلق ما يضمن اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لأنه في دين نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتعلق المضموم

قال المصنف (وقالوا عليه قيمتها وهو رواية عنه) أقول قوله وهو أى تضمن قيمته المذبر دون أم الولد ففي كلامه تساهل وسجي في باب كتابة العبد المشتري من الاكل وغيره ان في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة

ولا يـ حنيقة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الخائفا بحقيقتها في محل يقبل الحقيقة وهما أي ام الولد والمدير لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بهم فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة (قوله وليس دخولهما) جواب عن قوله ما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنصرف في نفس الداخل لجواز ان تكون (١٩١) عائدة الى غيره كنبوت حكم البيع فيما

ضم اليهما وليس ذلك مستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فباذا خذ المشتري عبد البايع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل أن يصطاده) بيع السمك قبل الاصطياد يبيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم التفت في الحظيرة فلا يخلو اما ان تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكاف واحتمال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى مالم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز لا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير

وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقتها في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليمتد حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كالمكاتب لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا أخذه ثم أقامه فيه اولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقتها فيما يقبل حقيقة) أي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل ملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك متصور هنا مع اعتبار جهةه فبقي مجرد قبض باذن المالك فلو أوجبتناها كان عداونا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدير عنه فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان مجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخوله في البيع ليس الا ليمتد حكمه فيما ضم اليه ما قطع مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كالمكاتب لا يدخل في حكم عقده بانفراده) ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعه مال صفة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح أصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدير فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمته وقيمة المدير ثلثا قيمته وقيل نصفها وبه ينشئ وتقسم ذلك في العتاق (قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء) بيع السمك في البحر والنهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما ان يكون أعدها لذلك أولا فان كان أعدها لذلك فدخلها ملكه وليس لاحد أن يأخذها ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يؤخذ بالبحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا أن يسد الحظيرة اذا دخل تحت ذنبيه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يدها لذلك ولكنه أخذها ثم أرسلها في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم أو يجب له ان يجر لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الاجام أقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حديثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لا تباعوا السمك في الماء فانه غرر وأخرج منه عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجبة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر نبوت الملك وعدهم فلا جعل من بيع الخطر (فروع) من مسائل التيممة حفر حفرة فوقع فيها صيدها فان كان اتخذها لصيده ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيده ملكه فلو كان نصبها ليحفظها

مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها أم بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كمالوا باض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الاضرار لا بشكل عما اذا غسل النحل في أرضه فانه يملك بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرره أو يهيئ له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بعض الطيور وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فانه ليست فيها على وجه القرار

قال (ولا يجوز بيع الطير في الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالجمام وهو أيضا لا يجوز في الظاهر وذكري فتاوى قاضيان (١٩٣) وإن باع طير له يطير في الهواء أن كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز

قال (ولا بيع الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم قال (ولا بيع الحمل ولا النتاج) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحمل وحبل الحبل - له ولا في فيه غررا ولا اللبن في الضرع الغرر) فعساه انتفاخ ولأنه يئازع في كيفية الحلب ويرى ما يزداد فيحتلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه يئب من أسفل فيحتلط المبيع بغيره بخلاف القوائم

من بل فتعلق بها لا عليه وهو إن يأخذه الآن يأتي فيجوز ومثله إذا هيا جمره لوقوع الشار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولو لم يكن هيا لذلك فلو أخذ ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيا مكانا للسرقة فيه ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال أهل سكة ترمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقة هولن يسبق سواء هيا المكان له أولا أما النخل إذا غسل في أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيد بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك إلا بعد اد المسكان لذلك (قوله ولا بيع الطير في الهواء لأنه قبل أخذه غير مملوك وبعد أخذه وأرسله غير مقدور التسليم) عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير غنما لأن العين المجعولة غنما مبيع في حق صاحبه وذكري التمرناشي لو باع طير يذهب ويجيء كالجمام فالظاهر أنه لا يجوز وفي فتاوى قاضيان وإن باع طير له يطير أن كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه والافلا وقول المصنف فيما يأتي والجمام إذا علم عدها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم بواقفه (قوله ولا الحمل) بسكون الميم ما في البطن من الجنين (ولا النتاج) لما في الصبيح والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبل وكان بيعا يتبعه أهل الجاهلية كان الرجل يتساع الجزور إلى أن تنج الناقة ثم ينج الذي في بطنها وفي الموطأ أن أناسا شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وغانمته عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقح وحبل الحبل وغانمات هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو عوت قبل ذلك وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبل فغير معروف والملاقح ما في الأرحام جمع ملقوح والمضامين ما في الأصلا وقيل بالعكس جمع مضمنون لقت الناقة ولدها ملقوح به لأنهم استعملوه بلاياء يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا اللبن) يجوز بالجرح عطا على المضاف إليه وتقدير المضاف والرفع على أقامته مقام المضاف (لغير فعله انتفاخ) وبه قال الشافعي وأجد وأجاز مالك أي أمانة ملحومة إذا عرف قدر حلالها ويكون تسليمه بالتخليصة كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لأنه يئازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب الاقطعه فينبط قول مالك لذلك ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيحتلط مال البائع بمل المشتري على وجه يجوز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان) لأنه يقوم به أولا لأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولأنه يئب من أسفل) ساعة فساعة (فيحتلط المبيع بغيره) بحيث ينعذر التمييز (بختلاف القوائم) أي قوائم

بيعه والافلا (ولا يجوز بيع) (الحمل) أي الجنين (ولا نتاج) وهو حبل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحمل وحبل الحبل والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبل فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وغانمات دخلت عليه النساء اشعارا لمعنى الاثونة فيه قيل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين أن كان أنثى وكان في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن فيه غررا وهو ما طوى عنه علمه قال المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو لخطر الذي لا يدري أي يكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا اللبن في الضرع الغرر الخ) وبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز أن يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهى عنه والنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها

عنده فيحتلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بمال ليس ببيع من ملك البائع على وجه ينعذر تمييزه بمطل المبيع وبيع الصوف الخلفا على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولأنه يئب من أسفل فيحتلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها (قوله لأن استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليها الإبطال) أقول وللخصم فيه أن يئازع فيه قوله لأنه لأن استحقاقه الخ تنظر هذه القولة لأننا لم نعتبر عليها اه صححه

(ولولم يكن الجذع معينا لا يجوز لزوم الضرر والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صحبا
 زوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البزري البطيخ لم يصح وأن شقه ما أخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا) أي هو شيء
 مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها وأمثالها بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو
 جائز أجيب بأن جوازها باعتبار جهة (١٩٤) انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها

ولولم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري
 يعود صحبه الزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ حيث لا يكون صحبا وان
 شقه ما أخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال (وضربة القانص) وهو
 الآن بقطعه أو بقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحبا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع المزم
 وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما إيراد الحاباة فدفع بأنه ليس فيه استهلاك مال نم يربيع
 الحباب التي لا تخرج إلا بفتح الابواب على قول من أجاز والبعض قدمه وأجيب بأن المتعيب الجدران
 دون الحباب وهذا يفيد أن المنظور إليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير
 المبيع وهو الظاهر والحق أنه لا بد من سمع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعول عليه وذلك هو
 الحديث السابق من نهيته صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرر واليمن في اللبن أفاد أن المنع اذا
 كان لا يسلم المبيع إلا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا ثبوت
 الإجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء واليهما وجهها وهو معلل بما يلزم في التسليم من
 الضرر على البائع في المبيع فخرج بيع الحباب التي يحتاج في تسليمها إلى هدم أكتاف الابواب على من
 يجمع بيعها (قوله ولولم يكن معينا) يعني الجذع والذراع (لا يجوز) ولما ذكرنا من لزوم الضرر
 (والجهالة) ومعلوم أن هذا فيما يتعيب بالتبعض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قطع
 البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحبا الزوال المفسد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ
 لا يجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ) وكسرها وسلم البزري والنوى قبل الفسخ
 (لا يعود صحبا) لأن الفساد للغرر (اذ في وجودهما احتمال) فكان كبيع بلامبيع فوقه باطلا
 بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمل البائع وسلمه قبل الفسخ وقع
 التسليم في بيع صحب لان الغرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع
 صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذه معنى قولهم انقلب صحبا بخلاف الاول وقع باطلا
 وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليس بزل المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقي
 ملك المبيع بلا مانع من إيراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من إيراد العقد الصحيح وإيجاده ليس هو
 وجود البيع الصحيح ونفوض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة أو كرسها أو سواد بطنها
 فذبحها أو أعطاه ذلك حيث لا يتقلب جائزا مع أنه تحمل الضرر بالذبح أجيب بأن المنع هناك لعله أخرى
 غير لزوم الضرر في التمسك وهو كونه متصلا بمتضمنة خلقه والنص عنه وهو النهي عن بيع الصوف على
 الظهر واللبن في الضرر واليمن في اللبن وقد يقال لا أثر لذلك فيما فيه الكلام وهو أنه اذا زال المانع
 بالذبح والفصل فان قيل يتناول به بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منها فلنا وكذا الجذع
 في السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجرح على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول

انما يقال بعث هذه الحنطة
 فالمدكور ضرر يحاها والمعقود
 عليه فصع العدم قد اعلا
 لتصح لفظه وأما بز
 البطيخ ونوى التمر وح
 القطن فاسم المبيع وهو البز
 والنوى والحب لا ينطق
 عليه اذ لا يقال هذا بز
 ونوى وحب بل يقال هذا
 بطيخ وتمر وقطن فلم يكن
 المبيع مذكورا وما هو
 المذكور فليس بمبيع وهذا
 على قول من يرى تخصيص
 العلة ووضح وطريق من
 لا يرى ذلك عرف في أصول
 الفقه وقوله (أما الجذع
 فعين موجودة) إشارة إلى
 اتمام الفرق بين البزري والنوى
 والجذع المعين في السقف
 بأن الجذع معين موجودا
 الفرض فيه والبزري والنوى
 ليس كذلك فان قيل اذا باع
 جلد الشاة معينة قبل الذبح
 لا يجوز ولو ذبح الشاة وبيع
 جلدها وسلمه لا يتقلب
 البيع جائزا وان كان الجلد
 عين موجودا كالجذع في
 السقف وكذا بيع كرسها
 وأكارعها أجيب بأن المبيع

بعثك

وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقه فكان تابعا له

فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لمافيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال في نفسه
 وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكى لمافيه من افساد بناء غير مستحق بالهبة فاذا قطع والتزم
 الضرر زال المانع فيجوز حينئذ يجب تخصيصه من العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص
 اذا صاد وضربة القانص

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاه ومنه نهى عن ضربه وفي تهذيب الأزهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللائي وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فأخرجت فهو لا بكذا والمعنى فيه ما واحد وهو أنه مجهول وان فيه غررا لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئا قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجرو الرفع فيما تقدم جازر والمزابنة وهو بيع الثمر بالشاء المثلثة على النخل بتمر بالشاء المثناة مجذوزة مثل كيل ماعلى النخل من الثمر حرا وظنا لا حقيقيا لأنه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ماعلى الرأس غرابل تمر مجذوزا كالذي يقابله من المجذوز لا يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمخافلة والمخافلة بيع الحنطة في سنبليها بحنطة مثل كيلها خرصا لأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لأن فيه شبهة الربا بالحقيقة بالحقيقة في التحريم كالأموال موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وفيه مقدار خمسة أوسق قولان استدل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بأن يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرافيا (١٩٥) دون خمسة أوسق وأنت

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا قال (و بيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيله خرصا) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمخافلة فالمزابنة ما ذكرنا والمخافلة بيع الحنطة في سنبليها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرافيا فيما دون خمسة أوسق قلنا العربية العطية لغصة وتأويله أن يبيع المعري له ماعلى النخل من المعري بتمر مجذوز وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون رابعا

بعتك (ما يخرج من) القاه هذه (الشبكة مرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الأزهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فأخرج من اللائي وهو لا بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا وبطله ما يخرج (قوله وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيله خرصا) لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر بن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمخافلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمخافلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحلب كيلا وأخرج البخاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخافلة والمخافلة والملاسة والمناذبة والمزابنة وقول المصنف (مثل كيله خرصا) الخرص الحزر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهى أنه مال الرابا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كألو كانا موضوعين على الأرض وقال الشافعي رحمه الله يجوز) المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا (فما دون خمسة أوسق) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا أن اتباع بخرصها وفي لفظ رخص في العربية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرافيا كها رطبيا ووافق الشافعي أحمد

لوعده وبه نقول لأن الموهوب لم يصير ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ويسمى بيعا مجازا لأنه في الصورة عوض يعطيه للتمرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الأول أنه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسيأقوله يدل على أن المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني أنه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء إلا العرايا والأصل حل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من المبيع حقيقة بيع ليعيوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الأول أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وعن الثاني أنه على ذلك التقدير يناق قوله عليه الصلاة والسلام المشهور بالتمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور رفاض عليه

(قوله قال وبيع المزابنة إلى قوله من المجذوز لا يجوز) أقول قوله الرفع فيه أي وحده وقوله والجسر والرفع أي كلاهما وقوله فالمزابنة مبتدأ وقوله لا يجوز خيره

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملاسة والمنابذة) وهذا بيع كان في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساوومان فإذا لمساها المشتري أو نبذها إليه اليافع أو وضع المشتري عليه أحصاة لزم البيع فالاول بيع الملاسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملاسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

في ذلك الا أنه لم يصحها الا للضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة حجتها ولو لم يكن تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون له الخلة أو الخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة اذا كان وقت التمار خرجوا بأهلهم الى حواطهم فيجيء صاحب الخلة أو التختين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك ثم انصراف هو وأهله عنه وروى هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أجمد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل الخلة من نخله فلا يسلّم ذلك اليه حتى يبدوله فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه ثم قال الطحاوي وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك لان العربية انما هي العطية ألا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول

فليست بـسـناء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي انهم كانوا يعرفون في السنين الجوائح أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا يمدحون بها اذ كانوا يعطون كما يعطون والحق ان قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكماء عنه محقة ومذهبه واستدل عليه بأن العربية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العربية معناها الخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص مادون خمسة أوسق لانهم كانوا يعرفون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود ودفعه للضرر عنه وكون اخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا بنتي من فلان فانه كان سبق اليه من شبه الوعد فلا أتني الله بثلث النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة النفاق ثلاث ان حدث كذب وان وعد أخلف وان أوغى خان وأما ما ذكر من تأويل العربية الامام موفق الدين روى محمود بن أبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجلا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولانقـد بأيديهم يتنازعون به رطبيا كونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتناعوا العربية بخرصها من التمر قريبا كونه رطبيا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنين ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزبلي يخرج الحديث ولم أجده سنداً بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملاسة) الى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملاسة والمنابذة زاد مسلم أما الملاسة فان يأس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بان يكون مثلاً في ظنة أو يكون مطويهما ثم يتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه وقساده لتعلق التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفون بها في الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقي حصة واحدة أو ثوب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا

(قوله وأي ثوب نبذته) أقول فيه مسامحة لا تخفى

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملاسة والمنابذة) وهذا بيع كان في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساوومان فإذا لمساها المشتري أو نبذها إليه اليافع أو وضع المشتري عليه أحصاة لزم البيع فالاول بيع الملاسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملاسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

في ذلك الا أنه لم يصحها الا للضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة حجتها ولو لم يكن تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون له الخلة أو الخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة اذا كان وقت التمار خرجوا بأهلهم الى حواطهم فيجيء صاحب الخلة أو التختين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك ثم انصراف هو وأهله عنه وروى هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أجمد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل الخلة من نخله فلا يسلّم ذلك اليه حتى يبدوله فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه ثم قال الطحاوي وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك لان العربية انما هي العطية ألا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول

فليست بـسـناء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي انهم كانوا يعرفون في السنين الجوائح أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا يمدحون بها اذ كانوا يعطون كما يعطون والحق ان قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكماء عنه محقة ومذهبه واستدل عليه بأن العربية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العربية معناها الخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص مادون خمسة أوسق لانهم كانوا يعرفون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود ودفعه للضرر عنه وكون اخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا بنتي من فلان فانه كان سبق اليه من شبه الوعد فلا أتني الله بثلث النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة النفاق ثلاث ان حدث كذب وان وعد أخلف وان أوغى خان وأما ما ذكر من تأويل العربية الامام موفق الدين روى محمود بن أبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجلا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولانقـد بأيديهم يتنازعون به رطبيا كونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتناعوا العربية بخرصها من التمر قريبا كونه رطبيا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنين ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزبلي يخرج الحديث ولم أجده سنداً بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملاسة) الى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملاسة والمنابذة زاد مسلم أما الملاسة فان يأس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بان يكون مثلاً في ظنة أو يكون مطويهما ثم يتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه وقساده لتعلق التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفون بها في الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقي حصة واحدة أو ثوب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا

(ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الآن يقول على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استئسانا وقد تقدم الكلام فيه قال (ولا يجوز بيع المرامي ولا جارتها) والمراد به الكلا وهو ما ليس له (١٩٧) ساق من الحشيش كذا روى عن محمد

وقبل ما ليس له ساق وماله ساق فهو كلا وانما فسر المرامي بذلك لان لفظ

المرامي يقع على موضع الرمي وهو الارض وعلى الكلا وعلى مصدر رمى ولو

لم يفسر بذلك اتوههم أن بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان

بيع الارضى واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلا أو لم يكن اما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فلانه غير

مملوك لا يشارك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في

ثلاث الماء والكلا والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها

ان لهم الانتفاع بصونها والاصطلاحهم والشرب وسقي الدواب والاستقاء

من الابار والحياض المملوكة والانهار المملوكة من الاراضى المملوكة

والاحتشاش من الاراضى المملوكة ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه فان

منع كان لغیره أن يقول له ان لي في أرضك حقا فاما أن توصلي الى حق أو تمنحه

فتدفعه الى أو تدعى أخذه كئوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا ثبت ظاهرا

وأما اذا أثبتته صاحب الارض بالسقي فففيه اختلاف

الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدرى انه لا يجوز بيعه

لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة الكلا فتح على الشركة فلا يجوز بيعه

قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استئسانا وقد ذكرناه بفروعه قال (ولا يجوز بيع المرامي ولا جارتها) المراد الكلا أما المبيع فلانه ورد على ما لا يملكه لا يشارك الناس فيه بالحديث

خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوهم على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معيناً فإذا تراوهم فإلقاء اليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كذا ذكرناه ومعنى النهى ما في كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فإنه في معنى إذا وقع جحري على ثوب فقد بدعته منك أو بعثته بكذا وإذا لمسته

أو نبذته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استئناسها وما ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يطلب البيع ويراض فيه حال مراوضة أخيه فيه لأنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نفيه عن السوم ثبت التزاما لأنه إذا نهي عن التكميم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء

(قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع الآن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعثك واحد منهم ما على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استئسانا وقد تقدم ذكرها بغير وعها في خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المرامي) ثم فسرهابا بالكلا دفعها لوههم أن يرد مكان الرمي فإنه جائز (ولا جارتها) أما المبيع فإنه ورد على ما لا يملكه لا يشارك الناس فيه (اشتراك

اباحة لا ملك ولا نه لا يحصل به للشئى فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يملكه بدونه (للحديث) الذى رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فكنت أسمعهم يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلا ورواه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة وأسد بن

أبي عمير في الكامل عن أحد وابن معين انه ما قال في حريز ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاحهم وتجفيف الثياب يعنى اذا أوقد رجل ناراً فملك أن يصطبى بها أما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدرى ومعناه في الماء الشرب وسقى

الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلا ان له احتشاشه وان كان في أرض مملوكة غير ان صاحب الارض أن يمنع من الدخول في أرضه فإذا منع فله غيره أن يقول ان لي في أرضك حقا فاما أن توصلي اليه أو تمنحه أو تستقي وتدفعه لي وصار كئوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه وإما أن يخرج به اليه أما اذا حذر الماء بالاستقاء في آنية والكلا بقطعه

جاز حينئذ بيعه لانه بذلك يملكه وظاهر أن هذا اذا ثبت بنفسه فأما لو كان سقى الارض واعد هالال نبات فثبتت في الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصذر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر ثبت الكلا بانباته جاز بيعه وكذا لو حذر حول أرضه وهيا هالال نبات حتى

ثبت القصب صار ملكا ولا يجوز بيع كساء في أرضه قبل أن يعلعها ولا ماء وقال القدرى لا يجوز بيع الكلا في أرضه وان ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الآن على هذا القائل أن يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكليف الحفر والطى التحصيل للماء يملك الماء كمالك الكلا بتكليفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة له ثم الكلا ذكر الحلواني عن محمد انه ما ليس له

ساق وماله ساق ليس كلاً وكان الفضلي يقول هو أيضاً كلاً وفي المغرب هو كل مارعته الدواب من رطب

الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدرى انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة الكلا فتح على الشركة فلا يجوز بيعه

الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدرى انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة الكلا فتح على الشركة فلا يجوز بيعه

الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدرى انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة الكلا فتح على الشركة فلا يجوز بيعه

الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدرى انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة الكلا فتح على الشركة فلا يجوز بيعه

وأما عدم جواز الاجارة فلمعنيين أحدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على اجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آله لا قامة العمل المستحق بالاجارة كالصبيغ في استئجار الصباغ واللبن في استئجار الظئر لكونه آله للحضانه والظئرة ولم يذكر ان اجارة السكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجارة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال (ولا يجوز بيع النخل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النخل وقال محمد يجوز اذا كان محرزاً أي مجموعاً وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به (١٩٨) حقيقة باستئجارها يحدث منه ونعرا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ما كوله

وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال (ولا يجوز بيع النخل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار وله ما نه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخرج حتى لو باع كؤارة فيها غسل بما فيها من النخل يجوز بيعه كذا ذكره الكرخي رحمه الله

ويابس وهو واحد الاكلاء (وأما الاجارة فلائنها) لو صححت ملكها للاعيان وحكمها ليس الاملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آله لا قامة العمل المستحق كالصبيغ واللبن في استئجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا أما ابتداء فلا (وكذا والاستأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز) مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجارة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل في لبن الادمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن منتفعا والحيلة في ذلك أن يستأجر الارض لضرب فيها فسطاطه أو ليحمله حظيرة لغنمة ثم يستبيع المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز اذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعا) مقدور التسليم اذا كان محرزاً (فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار) يجوز بيعه ما وان لم يؤكل لا للانتفاع به ما والقدرة على تسليمهما (ولابي حنيفة وأبي يوسف انه من الهوام فلا يجوز بيعه) كالايجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا هو أنه في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الطخش فانه ينتفع به في الحال قبل حدوث ما يتولد منه فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغيران وجد بهما عيبا بكم يرداها اشارة الى أن النخل لا قيمة له احتى لو باعه تبع الكؤارة فيها غسل وهو فيها جازذ كره الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن أبي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامع هذا التعليق بعينه عن أبي يوسف والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمنايع فالعسل تابع للنخل في الوجود والنخل تابع له في المقصود بالبيع والكؤارة بضم الكاف وتشديد الواو مع النخل اذا سوى من طين وفي التهذيب كؤارة النخل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير تشديد

واللحم لا ينافيه كالبغل والحمار وله ما نه من الهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير رأيت ان وجد بهما عيبا بكم يرداها وفيه اشارة الى أن النخل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لانسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قبل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والبخش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال بأعيانهم ما وفيه بعد نخرجهم ما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كؤارة بضم الكاف وكسرها وهي

مع النخل اذا سوى من طين فيعسل بما فيها من النخل يجوز تبعا له كذا ذكر الكرخي في مختصره وقال القمهوري في شريحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النخل فانه قد يقع على العسل ويدخل النخل على طريق التبعية وان لم يجز افراذه بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنخل ليس من حقوق العسل الا أنه ذكر في جامع هذا التعليق بعينه عن أبي يوسف

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول أي عن الايقاع (قوله قبل قوله لا بعينه احتراز الخ) أقول القائل هو الاتقاني والخبازي (قوله وفيه بعد

قال (ولا يجوز بيع دود القز وبيضه) وهو البز الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد لكونه منتفعاً به ولمكان الضرورة في بيعه قبل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تبعاله كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقاً (١٩٩) لمكان الضرورة ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة كما في دوده وهذه

(ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) لأنه من الهوام وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاله وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به (ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد يجوز) لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) انتهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه (الآن يبيعه من رجل زعم أنه عنده) لأن المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري آبق العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذها لأنه أمانة عنده

تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم (قوله ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام) وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاله) وأجاز بيع بز القز الذي يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به) وأجاز التسليم فيه كيلاً إذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه قبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى أن محمداً مناسب أصله في مسألة بيع النحل في القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازه إذا بيع تبعاله ككورة طاهره أنه يجوز باتفاق حينئذ وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معاً أن كان وحده لا يجوز لأنه من الهوام وإن كان تبعالاً للزقية ولأن الجواز فيهما فلامعنى لأفراد أبي حنيفة في هذه وقرآن أبي يوسف معه في ذلك والاتفاق على عدم جواز بيع ماسواهما من الهوام والحيات والعقارب والوزغ والغظاية والقنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شئ من البحر إلا السمك كالأضفدع والسرطان والسلفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد إذا كان الدود ورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما مناصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة أعطت امرأة بز القز وهو بز الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البز لأنه حدث من بزها ولها على صاحبة البز زقية الأوراق وأجر مثلها ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحدث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما إذا كانت في روجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها وأما إذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها تنجى فكذلك لأن المعلوم عادة كل وافع فكان مملوكاً مقدور التسليم وتجوز كونه لا يعوداً وعروض عدم عوده لا يمنع جواز لبيع كتجوز هلاك المبيع قبل القبض ثم إذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالقطي المرسل في رفاته يجوز أن جاز لا يعود (قوله ولا يجوز بيع الآبق) الآبق إذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الأربعة ويجوز عنقه غير أنه إذا اعتقه

العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة إنما لم يجوز بيعه بانفرادها فإذا كان تبعاً فيجوز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا يبيع الطير في الهواء وانما ذكرها هنا تبعاً لما ذكره الصدر الزمخشري في شرح الجامع الصغير لأنه وضعه كذا قال (ولا يجوز بيع الآبق) بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الأصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولأنه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقاً وهو الذي لا يكون آبقاً في حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كن باعه من رجل يزعم أنه عنده لأن المنهى عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فبفتنى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضاً بمجرد العقد أو لا إن كان قبضه لنفسه يصير قابضاً عقيب الشراء بالاتفاق وإن قبضه للرد

فأما أن يشهد على ذلك أولاً فإن كان الأول لا يصير قابضاً لأنه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى

قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لا بد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبيع دود القز حيث جاز الأول تبعاً دون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير إلى) أقول فيه تأمل (قوله والآبق الذي إلى قوله هل يصير) أقول فيه تأمل

(وفرض الامانة لا ينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لنا كده بالزوم والملك أما الزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الأصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب (٣٠٠) ان يصير قابضاً لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد

وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضاً لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعضه متى قبضه لا يجوز لانه أبقى في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الأبق ثم عاد من الأبق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لا لعدم المحل بل بسبب الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انما يقام بالمالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله

عن كندارة اشترط العلم بحياته وتجاوزت له لانه الصغير أو اتيتم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو متلف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازاء مال يخرج من مال الولد فكفت تلك البدله نظر للصغير فانه لو عاد على ملك الصغير وله هذا جزأ ببيعته من ذكرانه في يده لتبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان بائناً حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك لا أبق عند هذا فبعضه وأنا قبضه منه واعترف بذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضاً في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أنه قد انه قبض هذا البرده على مالكه لا يصير قابضاً لان قبضه هذا قبض أمانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضاً لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباؤه وقد باعه من ليس عنده هل يعود البيع جائز اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحاً وهو مروي عن محمد كما اذا باع خيراً ففعل قبل التسليم أو باع طيراً في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحاً وهذا يفسد أن البيع باطل وهو مختار من مشايخ بل والجلبي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة فيجوز اقيام المالية والملك في الأبق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افترسه قبل الخصومة وفسخ القاضي البيع وبه أخذ الكرخي وجاعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع به بعد انفسخ القاضي البيع أو تخاصما فانه لا يعود صحيحاً اتفاقاً وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد يردده صحيحاً لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع البطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائماً بصفة البطلان بل معدوماً فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد اقيام المالية والملك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل وهذا ما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزاً والجلبيون لا يعود جائزاً فباضروا من قال بالجواز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحل كونه مالا يملكه كالمقدور التسليم ان عني محلبة البيع الصحيح فتم والافلا

وذكر الامام الترمذي انه لا يصير قابضاً عند أبي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضاً كأنه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضاً نظراً الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعضه متى قبضه لا يجوز لانه أبقى في حق المتعاقدين وغيره مقدور التسليم اذا البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الأبق ثم عاد من الأبق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بل أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانه عدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس وعرض بأن الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز وأجيب بأن الاعتاق ابطال الملك وهو بلائ التوى بالاباق بخلاف البيع فيه فانه ائبانه والتوى ينافيه وروى عن أبي حنيفة أن العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه

المشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق وله اذا جاز اعتاقه وتديره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فحقق المقتضى وانتهى المانع فيجوز وصار كما اذا أبق العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجاعة من مشايخنا وأما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد

قال (ولابن امرأته في قدح) فبعد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن يتبعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الابان وعقب بقوله طاهر احتراز عن الخرافات ليست بطاهرة ولنا انه جزء لا دمي لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية وجزء لا دمي ليس بمال لان الناس لا يتولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بأنه لو كان جزء لا دمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية أجزاء لا دمي أجيب بأننا لانسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل ألا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء (٣٠١) يسقط الضمان وكذا السن اذا نبتت

(قوله وهو) أى لا دمي
بجميع أجزائه مكرم يجوز
أن يكون دليلا آخر
وتفسر به أن لا دمي
بجميع أجزائه مكرم
مصون عن الابتذال وما
يرد عليه البيع ليس بمكرم
ولامصون عن الابتذال
ولا فسرق في ظاهر الرواية
بين ابن الحر والامة وعن أبي
يوسف انه يجوز بيع ابن
الامة لانه يجوز ايراد البيع
على نفسها فيجوز على
جزئها اعتبار الجزء بالكل
والجواب انه اعتبارا مع
وجود الفارق فلا يجوز
وبانه ان الرق حل نفسها
وما حل فيه الرق جاز بيعه
وأما اللبن فلا رق فيه لان
الرق يختص بحمل القوة
التي هي ضد الرق يعنى
العنق وهو أى الحمل هو
الحى ومعناه انه ما صفتان
يتعاقبان على موضع واحد
فهما ضدان واذا لحياة في
اللبن لا يرد عليه الرق ولا
العنق لانتفاء الموضوع
والجواب عن قوله مشروب
طاهر أن المراد به كونه مشروبا
مطلقا أو في حال الضرورة

قال (ولابن امرأته في قدح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء لا دمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين ابن الحر والامة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع ابن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بحمل يحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحى ولا حياة في اللبن

بل يحل البيع المال المملوك للبائع أو غيره فان كان له فنافذ أو لغيره فموقوف والتا فذاما صحح ان كان مبيعه مقدورا التسليم ليس فيه شرط فاسد والافساد وأما حديث التميمي عن بيع الابن فروى اسحق بن راهويه أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال حدثنا جعفر بن الحرث أبو الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها وعن بيع العبد وهو أبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري برفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو أبق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القاتن وشهر مختلف فيه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضا وعلى كل حال فلا جاع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر (قوله ولا يبيع ابن امرأته في قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله أما عين القدحة فليس قيد ابل سائر الأولانى سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى يمنع بعضهم صبه في العين الرمداء وبعضهم أجازة اذا عرف انه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من لا دمي مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين ابن الحر والامة وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه لا يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع الماليسة ولا ماليسة للانسان الا ما كان محلا للرق (وهو الحى ولا حياة في اللبن) ولان العنق قوة شرعية حاصلة لها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلها وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء لا دمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أجيب بنع ضمان أجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبت السن التي قلعت لا ضمان الا ما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئا تغليظا لامر البضع فعمل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من يخرص

(٣٦ - فتح القدير خامس) والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالهيئة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعد جد بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع (قوله لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز) أقول الما مشروب طاهر ولا يجوز بيعه قبل الاحراز كالكلالة لم أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله وتقريره أن لا دمي بجميع أجزائه مكرم الخ) أقول قياسا من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرق) أقول يعنى استقلالاً (قوله وليست بمال) أقول أى متقوم

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس (٣٠٣) العين) ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للضرورة لان غيره

لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أجاب بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغى ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء أفسده عند أبي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسد لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره قبل هذا اذا كان متوفوا وما المجرور فطاهر كذا في التمرثاشي وقاضيان قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الا دمين والانتفاع بها لا يجوز ومن محمد أنه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حين خلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لمافعله اذا نجس لا يترك به وجه الظاهر أن آدمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلا مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك

شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففي اشاعته يبيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشتري والبائعين في شيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس بالمنفعة أخرى كسراء الامة المحبوسة بعد اشتهار حرمة وطئها شرعا لكنهم يجوزون شربه للكبير هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث الى محمد بن سنده متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حنبل قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب ٣ يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت الاجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فاعلم ان للتعين أن آدمي مكرم بجميع أجزائه فلا يتبدل بالبيع وسيأتي باقيه (قوله ولا يبيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له) أورد عليه انه جعل البيع هنا في لبن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع ينفقه وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكرام مثلاً لو أمر السلطان بعض سائسي الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا ليدل معزوز كالدرهم أو الثياب كان غاية اكرامه والا آدمي مكرم شرعا وان كان كافرا فإيراد العقد عليه وابداله به والخافه بالجدات اذلال له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع برد عليه بيع السرقة فالعمول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الاصل فلا تنافي (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخرازين لا يأتى لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه) فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخنزير بل يمكن أن يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفاخر بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الآن يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرامه ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع في ماء قليل أفسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخنزير فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغى أن يخرج على القول بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدر على الامتناع عنه ويتجمع على ثيابهم هذا المقدار (قوله ولا يجوز بيع شعر الانسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الا آدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا)

ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بهما ذلك فان قيل جعل المصنف رحمه الله الله بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الادمى اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجباً لآخرين متنافيين وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بمالم يحقره اعزازه فلا يجوز لافضائه الى اعزازه ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بماليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جوازهم الدس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالزائلة فشرعه وهو طاهر أولى ولان في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحركة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون (٣٠٣) النساء أى في أصول شعرهن بالتكثير وفي ذوائهن بالتطويل ولا

يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانه غير منتفع بها نجاستها قال صلى الله عليه وسلم لاتنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روى عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالنوب النجس أجيب بأنها خلقية فالم زابل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة النوب فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم (لاتنتفعوا من الميتة) وهو يقتضى المشروعية فمن أين الاجواز فالجواب انه منى عن الافعال الحسية وهو يفيد طالع التقرير تطلع عليه (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طاهرة به) لأن تأثيره في ازالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر بها فيظهر بالدباغ ولا بأس ببيع

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائهن قال (ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لاتنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها ووصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواصلة والمستوصلة فالواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها بانهن او رضاعا وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والامتنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعر النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتمنصة أيضا والنامصة هي التي تنقش الحاجب لفرقه والمتمنصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لاتنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتخريجها ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متمنصة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالنوب النجس أجيب بأن النجس منها باعتبار أصل الخلقة فمالم يزال به فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف النوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم النوب بحاقبه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أولا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الابعاد الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان بيع أصلها فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية فان بيع السرقة جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغ فلهل الانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها ووصوفها وشعرها) وریشها ومنقارها وظلفها وحافرها

عظام الميتة وعصبها ووصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة

(قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزيلعي انما العنلالا انتفاع به لما فيه من اهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع عاباً نذ في التحقير والتعظيم جائزاً وليس كذلك الا أن يقال لا تفسير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند ولعل الاولى أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق مالم الكافح له مملو كاهانة له لكونه خطا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملو كية فعمله مملو كرفع له عن مرتبته ولا بعد في ايجاب الشيء الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين لا يرى أن الشمس تبيض النوب وتسود وجه القصار وتعقد الملح وتذبب الشمع فليتأمل (قوله فليس ذلك) أقول أى ما ذكر من الاهانة والاعزاز (قوله من المبيع في شيء) أقول لعل المراد أن المبيع ليس موجبا نالهما حتى يرد السؤال (قوله فالجواب انه منى الخ) أقول فيه بحث

(والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتبارا به في حرمة اللحم وغيره اهل لاتنفع عليه الزكاة واذا ذبح جلد لم يطهر وعندنا بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قالوا يبيع عظمه انما يجوز اذا لم تكن عليه دسومة وأما اذا كانت (٣٠٤) فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفلى لرجل وعلاه لاخر فسقطا

والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندنا بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال (واذا كان السفلى لرجل وعلاه لاخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو عله لم يجز لان حق التعلی ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحلل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلجرحهم الله لانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

فان هذه الاشياء ظاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقتالة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر واستعمال الناس له من غير تكبر ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره أدركت ناسا من سلف العلماء ينشطون بها ويدهنون فيها لا يرون بأسا وقال ابن سيرين وابراهيم لابأس بتجارة العلاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع الفرد وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء (قوله واذا كان السفلى لرجل وعلاه لاخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو عله لم يجز) لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلی (وحق التعلی ليس بمال لان المال عين يمكن احرازه) واما كماله او لا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لابد ان يكون أحدهما وقول المصنف (والمال هو المحلل للبيع) تساهل أو تنزىل للتعليق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات) فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع أرضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد ثوبته وجوزة مشايخ بلجرحهم الله لا بأس ببيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد ثوبته ويترك بالتعامل كما يجوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادعى رجل شراء أرض بشر بها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لا خلافا فهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقيل لو باع أرضا بشر بها فاستحق شربها يحيط من الثمن نصيب الشرب وأما ضمانه بالاتلاف وهو بان يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البرزدي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جاع الماء ثم أنلته ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالإلزام به من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان شهده الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمن بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو يمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمن بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما أنه حفظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد

أوسط العلو وحده فباع صاحب العلو عله لم يجز لان حق التعلی ليس بمال لعدم مكان احرازه والمال هو المحلل للبيع) فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز أجاز بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلجرحهم الله لانه حفظ من الماء لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شاهدين شهد أحدهما بشراء أرض بشر بها بالف والاخر بشرها بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعا لوالها باعتبار التبعية

قال المصنف (لانه حفظ من الماء) أقول فان قيل سلمنا انه نصيب ولكن ليس ذلك

النصيب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعا ولا منفردا قلت لأجابه الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك قلنا اذا وجد في أرضه وأنلته آخر يضمن علم أنه بملكه كذا في شرح شاهان الا أنه يخالف لما ذكره في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراعي كما سبق قلنا مل وسحقه في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقبته الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا فقدر بعرض باب الدار العظمى وهو شاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبته المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذالم بين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقيود الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مما لو كان حاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذ بين حدوده وموضعه (٣٠٥) فانه جائز ايضا ذكره قاضيان وهذا

أحد محتملي المسئلة وبيع حق المرور وهو حق النطرق دون رقبته الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيم الطريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لاحق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم بضرر صاحب الاصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا محتملها الآخر

قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة محتمل وجهين بيع رقبته الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً وأما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعليل وعلى الارض مجهول للجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعليل على احدي الروايتين أن حق التعليل يتعلق بعين لا بتق عليه انه لو كان عينا ينبغي أن لا يجوز بيعه اذالم يكن فيه ماء واجب بانه انما جاوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم يتقدرا نه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخاري بيعه مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجاعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق حاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس (فرع) باع العاقل قبل سقوطه جائز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض (قوله) وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المصنف (المسئلة محتمل وجهين) ان يكون المراد (بيع رقبته الطريق والمسيل) ان يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو النطرق (والتسييل) فان كان الاول) وهو بيع رقبته الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسييل (فوجه الفرق بينهما) أن الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جائز أيضاً وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة (أما المسيل) فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما اذالم يبين مقدار الطريق والمسيل أمالو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده (وان كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسييل (ففي بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي للجهالة وفي رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فيم الطريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لاحق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم بضرر صاحب الاصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل اصحاب حق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على أن بيع حق التسييل لا يجوز (فوجه الفرق على احدهما) أي وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسييل) على الرواية الأخيرة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما التسييل) فان كان على السطح (فهو نظير حق التعليل) لا يجوز باتفاق الروايات ومن وجه فساده

واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آتفاوان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى التفرق لشمول عدم الجواز وأما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان أو التقدير كما مر وهو الطريق وأما المسيل فاما أن يكون على السطح أو على الارض والا لحق التعليل وهو ليس بمال ولا متعاقبا به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقله الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية أعنى رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تعلقا الى الفرق بينه وبين التعليل والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعليل يتعلق بعين لا بتق

كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد أصلهما العنق والتفاوت والوذاري بكسر الواو وقتهما ثوب منسوب الي وذاري قرية بسمرقند والزنديجي ثوب منسوب الي زندنه قرية بخاري جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الإشارة على مبيع ذكر تسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والآن في جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بالعدمه واذا قال بعثك هذه الحاربه فاذا هي غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي أبلغ في التعريف من الإشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موضوعاً بصفة والأشارة لتعريف الذات يعني مجرداً عن بيان صفة (٣٠٧) والابلاغ في التعريف أقوى وان كان

مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذلك للإشارة للتسمية

لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمدرجه الله اذا باع كبشا فاذا هو نجة صح البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الانعفاء فصارت كمن اشترى عبدا على انه خبز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشتر كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحمط والعتابي ذلك وقال فخر الاسلام وأخوه صدر الاسلام والصدور الشهدان الموجودان كان أنقص من المشروط

كالخل والدبس جنسان والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حاله أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان يتقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني)

الاغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس أو قرباً فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل يعني الذي ولدوا قالوا (الخل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفعل تفاوت الغرض منهما (والوذاري والزنديجي كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها وانعام الدال ثم راعى مهملة نسبة الى وذاري قرية من قري سمرقند والزنديجي بزي ثم فون ثم دال مهملة ثم فون أخرى ثم باع ثم جيم نسبة الى زندنه بفتح الزاي والنون الاخيرة والجميع زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكره لابي حنيفة في باب المهر يقتضي أنه اعتبر الخل مع النحر جنسا واحدا ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصاعا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليل على انه ياقوت أحر فظهر أصفر صح ويخير كما اذا باع ٣ عبدا على انه خبز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولا في ثبوت الخيار كما اطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يوم يحتاجه التي عينها بالبيع غرضه الا ان كان مستندا المفضلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز والكتابة ونحوه فانه يفيد ان حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف (قوله ومن باع جارية بألف درهم حاله أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) يمثل الثمن أو أكثر جازوا باعها من البائع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كلواشتراه آخر وهو يقول كل منهنم غنلة الا آخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما الا آخر ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز عنده خلافاً له لان ان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز لاسلم أن يوكل ذمياً بشراء خروبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكماً فكان كلواشتراه لنفسه ذات فورته البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب بلا شبهة وبه يختلف المسببات وبه ولنا قال مالك وأحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع بأقل من الثمن

الفائت كان له الخيار وان كان زائداً فهو لا يشترى ونص الكرخي على ذلك في مختصره واسئل واحد منهم ما وجهه أما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجاً الى خيار قبل الزام الكاتب بتضرر فلا يتم منه الرضا وأما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد ان ثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد أحد عشر فهو له بالخيار قال (ومن اشترى جارية بألف درهم) من اشترى شيئاً بألف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن) (٢) قوله كما اذا باع الخ كذا في نسخ ولعلها نسخة وقعت لالكمال اه محمده

قال المصنف (والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول والوذاري بفتح الواو وكسرها والدال المعجمة ثوب منسوب الى وذاري قرية بسمرقند والزنديجي ثوب منسوب الى زندنه قرية بخاري كذا في المغرب

فالبائع الثاني فاسد خلافاً للشافعي هو يقول المالك قد تم فيه القبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذلك معه وصار كالموكل بالبيع بمنزلة الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من الألف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من أوجه اما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً على سواء اشترى بالثمن الاول أو بالقبض أو بأكثر أو بالعرض والاول امان أن يكون بأقل أو بغيره والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي رحمه الله جوزه قياساً على الأقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فإنه جائز أيضاً بالاتفاق ونحن لم نجوز به بالاثار والمعقول أما الاثر فقال محمد حدثنا أبو حنيفة يرفعه الى عائشة رضي الله عنها أن امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم رهنها بمائة درهم قبل محلي الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بثمن ما شريت وبثمن ما اشتريت أبلغني زيد بن أرقم ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم ينب فأتاها زيد بن أرقم معتذراً فقلت عليه قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انما جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجزبه الأفعال لا تعلم بالرأى فكان مجموعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازي بذلك فكان فاسداً وأن زيداً اعتذر اليها وهو دليل على كونه مجموعاً لأن في المجتمعات كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق الوعيد ليكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبه (٣٠٨) جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون كذلك

ولأنها كرهت العقد الثاني حيث قالت بثمن ما شريت مع عرائنه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لأنهم ما نظرنا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه أحجب بأن تلاوتها آية الرادليل على أنه لا ريب لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كافي نفر يق الولد عن الوالد بالبائع فإنه جائز مع وجود الوعيد أحجب بأن الوعيد

وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأن المالك قد تم فيه بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كالموكل بالبيع بمنزلة الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها تلك المرأة وقد باعت بثمانمائة بعدما اشترت بثمانمائة بثمن ما شريت واشترت أبلغني زيد بن أرقم ان الله تعالى أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم ينب ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمس مائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لأن الفضل انما يظهر عند المجانسة

وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن (وقال الشافعي رحمه الله يجوز) كيفما كان كالموكل باعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمنزلة الثمن الاول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجماع قيام المالك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عينها وتقييدها بالعرض دون أن يقول كالموكل باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استعساناً بخلاف الزفر وقياسه على العرض بجماع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم وجه الاستعسان انما ما جنس واحد من حيث كونهم مائتاً ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً والزم ان اعتبارهما جنساً واحداً بوجوب التفاضل بينهما احتياطاً والجواب انه مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر اجماع (ولنا قول عائشة) الى آخره ما نقله المصنف عن

عائشة

ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق لفرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً وأما الثاني

فهو ما يقال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمس مائة بلا عوض وهو باق لا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتراً خر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربح وبخلاف ما اذا اشترى بأكثر فان الربح هناك يحصل للبائع والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا انعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الاول لان نقصان المحل في مقابلة الجزاء الفاتت الذي احتسب عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من الثمن الاول قياساً وهو قول زفر لأن رباً الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستعسان لا يجوز لانهم ما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

(قوله والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقاً) أقول الامن وارثه نص عليه الاتفاق وغيره (قوله فقالت عائشة بثمن ما شريت) أقول أي بيعت فان الشراء من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول هذا على سبيل التوبيخ والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لأنهم ما نظرنا به الى الثاني) أقول قوله فلا يكون أي الوعيد وقوله لذلك أي لكون البيع الى العطاء قوله تطرقا به أي بالبيع الى العطاء (قوله دليل على أنه لا ريب بالعدم القبض) أقول فنه بحث

عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل له الربح لأن شريته معناه باعت
قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو رواية أبي حنيفة فإنه روى في مسنده عن أبي اسحق السبيعي
عن امرأة أبي السفران امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها إن زيدا بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم
اشترها مني بستمانمائة فقال أبو الغيث عني إن الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب
في هذا أن الذي باع زيد ثم اشتد وحصل له الربح ولكن رواية غير أبي حنيفة من أئمة الحديث عكسه
روى الإمام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعي عن امرأة أنها
دخلت على عائشة هي وأم ولد زيدا بن أرقم فقالت أم ولد زيد لعائشة اني بعثت من زيد غلاما بثمانمائة
درهم نسيته واشتريته بستمانمائة فقد افقالت أبلغني زيد أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم الآن تتوب بثس مائتين وبئس ما شريت وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن
عبد الهادي في التقيج هذا السنن جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني
في العالية هي مجهولة لا يحتج به فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين علما من رسول
الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم نستهجن أن نقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما
لا يدرك بالرأى والمراد بالعالية امرأة أبي اسحق السبيعي التي ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة قال
ابن الجوزي قالوا إن العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هي امرأة جليدة القدر ذكرها ابن سعد
في الطبقات فقال العالية بنت أنفع بن شراحيل امرأة أبي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها بئس
ما شريت أي بعثت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني
لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال أخبرنا معمر والثوري عن
أبي اسحق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فساءت المرأة فقالت كانت لي جارية فبعته من
زيد بن أرقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمانمائة فنقدته الستمانمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت
عائشة الى قولها الآن تتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة أرايت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه
الفضل فقالت فن جاءه وعظمة من ربه فانهى فله ما سلف لا يقال إن قول عائشة وردها لجهالة الاجل
وهو البيع الى العطاء فان عائشة كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل
من معنى النهي انه استرجع ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن
وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن
فهو ربح حصل لاعلى ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل
الحاق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب
يوجب اختلاف الايمان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لان الملك لم يعد اليه
بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلته الجزء الذي احتبس عند المشتري
سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في
العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزئه من العين ولذلك اذا اشتراه بخس آخر غير الثمن
جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب
ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد أورد عليه تجوز كون انكار عائشة لوقوع
البيع الثاني قبل قبض المبيع اذا قبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانما ذمت له لاجل الربا
بقرينة تلاوة آية الربا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة
الآية ظاهرة في كونها لا شتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة أرايت ان أخذت رأس مالي ورددت
عليه الفضل كان هذا مع التوبة فتلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القرآن في

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء مائة باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا يجوز البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشتري الاخرى بأقل مما باع وقد تقدم فساد وفوق عما اذا باعها بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعها والعلمان في الاثنان شمس الاثمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوع في الكتاب كذا كثر لم يفسد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد درجات الجواز وبيانه أنا الوجه علمناه بازاء ما باعها ألفا جاز وان جعلنا ألفا وجبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالجل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد درجات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على أنه معارض بان تجعل الجارية التي لم يشتريها منه في مقابلة مائة ومائتين وثمانمائة أو أقل أو أكثر فتعدد درجات الجواز وليس البعض أولى وبان كل جهة تصلح أن تكون عللة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيحاً بكثر الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه والترجيح هنا للفسد ترجيحاً للمعروف ولا يسرى الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لا مورا لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر أما ولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان خلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان أبا حنيفة رحمه الله أبطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو أسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك أمدى فساد (٣١٠) ذلك الى المقرره وهو اسلام القوهي في المروية وأما لان الفساد في المشتراة باعتبار

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشتريها من البائع ويبطل في الاخرى) لانه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشتري الاخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبته ولا يبيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أو لانه باعتبار شبهة الر بالاولى انه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة الر باو وأورد عليه طاب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع أمه مفردا لم يوجب الفساد لم أوجبه هذا النهي أجيب بأن النهي اذا كان لا مبرر يرجع الى نفس البيع أو جبهه وان كان لا مبرر خارج لا والنهي فيما ذكره لا يقتضي لالنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع ثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت الذاء وهناه وشبهة الر باو هو مخصوص بالبيع وشبهة الر باو حكم حقيقة (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن) فالبيع جائز في التي لم يشتريها من البائع ويبطل في الاخرى وهذا فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء مائة باع من المشتري بأقل مما باع به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشتري الاخرى) والتي باعها (بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبته)

شبهة الر بالاولى اعتبارها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبارا للشبهة المشبهة وهي غير معتبرة وبيانه أن في المشتراة شبهة الر بالان في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء مائة باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن شبهة الر بالان لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فبردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني

يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا للثمن بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقه بالحقيقة في باب وهي الر باو وأما لان الفساد طارئ لوجهين أحدهما أنه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ يشترط فيها أن يكون بازاء ما باع أقل من الثمن الاول لكن به وذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئا فلا تعدى الى الاخرى ولا يشك كل بما اذا جاع بين عبد ومدير وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والعقد جائز في العبد لان شمس الاثمة قد قال البيع في المدير غير فاسد ولهذا الواجوز القاضي ببيعه جاز ولكنه غير نافذ حتى المدير وذلك لمعنى فيه لاقى العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف

(قوله وبيانه أنا الوجه علمناه بازاء ما باعها) أقول أنت الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهه الفساد تقتضيه) أقول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول في قوله تقتضيه راجع الى الجواز والضمير الثاني في تقتضيه راجع الى الفساد (قوله وفيه نظر أما ولا فلان كونه مجتهدا فيه الخ) أقول يجوز أن يقال المراد من قوله مجتهدا فيه أنه محل للاجتهاد قابل له وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محل للاجتهاد لم يخالف الشافعي فيه فليست بدبر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول واجيب بان السلم مبنية على المضاربة فلذلك اعتبر فيه شرط ولم تعتبر في مطلق البيع فيمناسبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجاب في الشكا في جواب آخر فراجع (قوله لان شمس الاثمة قد قال المفسد في المدير) أقول تعليل اقوله ولا يشك الخ (قوله والثاني المقاصة) أقول معطوف على قوله أحدهما انه قابل للثمن

وهي التي ضمت اليها وأورد عليه أن آلة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان أصابة حصتها أياها أقل من خمسمائة المستلزم لشراؤها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة لأن عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكروا أنه أيضا فاسد أعجب بأن الفساد في هذه المعنى آخر وهو كثرة جهات الجواز وليس البعض في الحل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وأمثاله بحيث يتجرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجي في كتاب الصرف وهذا لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فتمتنع تعدد العلل لأنه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يسمع الفساد في الجارية تبين وما أبشع قول قائل إذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم والحق أن بينهم ما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهذه المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقيق الاعتبار فليستأمل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجهه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكنات أن يعتبر في مقابلة الجارية الاولى من الألف وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها المحرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل إذا اجتمع فيه اعتبر وجه الصحة تصحها كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيز حنطة وشعير حيث يصح ويتجرى للجواز اعتبارا تصحيج تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لأن مذهب أبي حنيفة أن البيع اذا فسد به فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف بوجه أو لها أن الفساد فيما بيعت أو لا ضعف لا خلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم يسر للآخر كما اذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر لا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل على لو أسلم قوهما في قوهي ومروى فإنه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروى كالأول سلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصصة الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية محتمد فيه فان اسلام هر روى في هر روى جازر عند الشافعي ولا يخلص منه الابتغىر تعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما وهو شرط قبول العقد في هر روى شرط القبول في المروى فيفسد في المروى بالشرط الفاسد وفي هر روى بالتحاد الجنس وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الاول بالاعوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمونة فلما اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة أولا كان اعتبارا لشبهة الشبهة وهذا أحسن من تقرير قاضيان اعتبار الشبهة بأن الألف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فبرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا فالجزم بمائة ثالثها ان الفساد في الاول طارئ غير مقارن وله وجهان أحدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فسادا فانه قابل الثمن بالجاريين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازا مال يبيع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فاسد طرا الآن لان الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فلا تعدى الى الاخرى والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضل بلاعوض وذلك لان البائع الاول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا الخمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة

ثم اشتراها قبل نقد الثمن
بخمسمائة فتقاصا
خمسمائة بخمسمائة مثلها
بقي للبائع خمسمائة أخرى
مع الجارية والمقاصة تقع
عقب وجوب الثمن على
البائع بالعقد الثاني
فيفسد عند ذلك
لاشك في طرده

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه الخ) اشترى زيتا على أن يزنه وبطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا فهو فاسد فانه شرط ما لا يقتضيه (٢١٢) العقدان مقتضاه أن يطرح عنه دون الطرف ما يوجد وعسى يكون

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الطرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا في رزق فردا الطرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الرزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلاف في تعيين الرزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلاف في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه يشكر الزيادة

تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعدد الثاني فيفسد عند هافه وطارئ فلا يظهر في الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين عن كل ثم الحقاقي عن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذلك ما نحن فيه وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أولا بشرط القبول في الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرط فاسدا لا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لأجل الرجوع الحاصل لأعلى ضمائه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشترى البائع مع رجل آخر جاز من الاجنبى في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشترى منها بقل ان كانت الولادة نقصها جاز كالمودع ما عيب عند المشتري ثم اشترى منها بقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به رجوع لأعلى ضمائه (قوله ومن اشترى زيتا في ظرف) صورتهما في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن تطرح عنى وزن الطرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على أن يزنه فيطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين لان زنة الطرف قد تكون أقل من خسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الرزق كل رطل بدرهم فوزنه بترقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلا والرزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع عينه الآن يقيم البائع البيضة (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلافهما) ان اعتبر اختلافهما الى تعيين الرزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان (أو أمينا) كالمودع ولان البائع يدعى عليه زقا آخر والمشتري يشكر الزيادة وان اختلفا في قدر السمن المقبوض فرجعه خلاف في قدر الثمن (فالقول قول المشتري لانه يشكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين احدهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرد به عيبا فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سياتى في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلاف في الثمن أجيب عن الاول بأنهما مع هذه طرفان كون القول للمشتري لان تكرار الزيادة وهناك انما كان للبائع لان تكرار الزيادة وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تباع لاختلافهما في الرزق المقبوض أهو هذا أولا فلا

وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين بخلاف مقتضاه وان اشترى على أن يزنه وبطرح عنه بوزن الطرف جاز لانه ان اعتبر اختلاف في تعيين الرزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلاف في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه يشكر الزيادة سمنا في رزق الخ) ومن اشترى سمنا في رزق وردا الطرف فوزن بخاء عشرة أرطال فقال البائع الرزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف أمان يعتد به في تعيين الرزق المقبوض أو في مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض (والقول قول القابض ضمينا) كان كالمغصب (أو أمينا) كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن (فيكون القول للمشتري لانه يشكر الزيادة) والقول قول المنكر مع عينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف أجيب بانه يوجب اذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في الرزق والفقهاء فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقد آخر

يوجب

وأما الاختلاف بناء على اختلافهما في الرزق فلا يوجب اختلافهما في العقد فلا يوجب

قال المصنف (ومن اشترى سمنا في رزق فردا الطرف) أقول ذكره استطرادى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افقه هل جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم
حالا لا يبيع صديقه على هذا الخلاف قال الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم بجوسيا بتزويج بجوسية ولان
ما ثبت للتوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال أبو حنيفة المعترف في هذا الباب
أهل بيتان أهلية الموكل وأهلية العاقد وهي أهلية التصرف (٢١٣) في المأمور به والتصرف في ذلك

والثانية أهلية ثبوت
الحكم له وللموكل ذلك حكم
للعقد لا يلزم انفكاكه
الملزوم عن اللازم ألا ترى
الى صحة ثبوت ملك الخمر
للمسلم ارنا إذا سلم مورثه
النصراني ومات عن خمر
وخنزير لا يقال الورثة أمر
جبري والتوكيل اختياري
فأني يتشابهان لان ثبوت
الحكم أعنى الملك للموكل بعد
تحقق العدة أعنى مباشرة
التوكيل جبري كذلك
ثبت بدون اختياره كما في
الموت ألا ترى أن المأذون
له النصراني اذا اشترى خرا
ثبت الملك فيها لمولاه
المسلم بالاتفاق واذا ثبتت
الاهلية لم يمنع العقد
بسبب الاسلام لانه جالب
لأسالب ثم الموكل به ان كان
خراخلها وان كان خنزيرا
سيبه لكن قالوا هذه الوكالة
مكرهه أشد كراهة
وقولهما الموكل لا يليه
فلا يوليه غيره منقوض
بالوكيل بشراء عبده
اذا وكل آخر بشرا لنفسه
فانه يثبت الملك للوكيل
الاول وهو بنفسه لا يلي
الشراء لنفسه وبالقاضي اذا

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افقه هل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز
على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره يبيع صديقه لهما ان الموكل لا يليه
فلا يوليه غيره ولان ما ثبت للتوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولا يلي حنيفة
رحمه الله ان العاقد هو الموكل بأهلية وولايته وانتقال الملك الى الآخر أمر حكومي فلا يمنع بسبب
الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خرا يخلها وان كان خنزيرا يسيبه

يوجب التحالف (قوله) واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وخنزيرا وشرا ثم افقه هل جاز عند أبي حنيفة
رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخل الخمر أو يرقها أو يسيب
الخنزير وهذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خرا وخنزير وصورته أن
يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يربلهما وله وارث مسلم فبغيرهما فيؤكل كافرا يبيعهما فاعليه أن
يتصدق بثمنهما التمكن ان ثبت فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرّمها حرم بيعها وكل ثمنها وقال
أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم
اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى
الجواز على الاصل لهما ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه وهذا معنى قول المصنف (الموكل
لا يليه غيره لا يوليه) بنصب غيره لانه مفعول مقدم لا يوليه كما انه لم يملك تزويج المجوسية لا يملك توكيل
غيره بتزويجه اياها (ولان ما ثبت للتوكيل) من الملك (ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء
أو البيع (بنفسه فلا يجوز ولا يلي حنيفة ان التوكيل) في البيع (يتصرف بأهلية نفسه)
لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب
عليه وهو أهل لبيع الخمر وشرا ثم افقه هل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان الموكل لا يملك
له ما ثبت للتوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من ضرورة ثبوت الملك الجبري له فيه ما فاتت في المانع
الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرة ممنوعة بمسائل منها ان الموكل بشراء
عبده بعينه لا يملك شراءه لنفسه وملك التوكيل بشرا لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك بيع خمر
أو خنزير خلفه ذي ورجع أمره الى القاضي وملك توكيله وكذا الوصي المسلم الذي لا يملك بيع خمره
وملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة
ومجوز من وصيه بعد موته وكذا لا يبيع الام عرض الولد ووصيه يبيعها اذ لم يكن من ميراثها فان
قيل ان قلت ان تلك المسلم لها يثبت جبراعن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري
منعناه وهنا كذلك اذا التوكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ لا وجود له في الشرع قلنا نختار
الثاني ونمنع ان التوكيل سبب الملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا للموكل وليس الوكالة سببها
بل شرط وانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا مسببا عنها اذ لا يلزمه الشراء بقي أن
يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن يسيب الخنزير ويريق
الخمر أو يخلها بقي نصر فاعير معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن أبي حنيفة

أمر ذميا ببيع خرا وخنزير خلفه ذي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا وصى لمسلم وقدرت كهما فان الوصي يؤكل ذميا بالبيع
والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسي مدفوع فان حقوق العقد في النكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير
قال المصنف (كما اذا ورثهما) أقول وصورة ارثهما بان كانا ذميا فأسلم فمات قبل التخليل والتسيب فورثهما الوارث (قوله لا يقال الى
قوله لان ثبوت الجديم) أقول لان ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الوارثة الخ

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط

أن هذه الوكالة تكرم أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فأى فائدة في الصحة (قوله ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط) قال الطبراني في معجمه الوسط حدثنا عبد الله بن أيوب المقرئ حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدري ما قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال ما أدري ما قال حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن اشتري بريرة فأعتقتها البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال ما أدري ما قال حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال بعثت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي جملتها إلى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتل الا التخصيص فلهذا السافعي رحمه الله عليه واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما رد في حديثها الا الولا موز كرا لا قطع انما رواه عن أبي حنيفة رضي الله عنه وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبته أهلى على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينني فقلت ان أحب أهلك ان أعدها لهم وبكون ولاؤك لي فعمت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فبعاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فأبوا الا أن يكون الولا لهم فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولا فان الولا لمن أعتق فعمت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضى بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة الولا بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو ان أحبوا أن أقضي عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولا لمن أعتق وردت في تراجم الولا لانفسهم والعتق من عائشة رضي الله عنها وهذا الخلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان أمرا لا يحل شرعا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك اذا أعتقته يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كأنه لم يذكر اذا كان خارجا عن طاعة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة وأما الحنفية فاتهم بالخصوص به لان العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهى عن بيع وشرط وهو كونه مانعا وحديث بريرة مبني فيحصل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصولية ان ما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهي وأما حديث جابر الذي استدلل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء جلاله لم يقع في صلب العقد كذا قاله السافعي رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم التمام فان قلت كيف قال السافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبيل المرسل عند

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري) شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جامعا لفروع أصحابنا وتقريره أن الشرط ينقسم أولا إلى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفسد ما ثبت بتطابق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع وإلى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفا وإلى ما ليس كذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة لاحد الماعدين وإلى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة للعقد عليه وهو من أهل الاستحقاق وإلى ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يزيده وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلا فله يقتضى عدم جوازه

لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث أقامنا فاده العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التبريك كذلك لان النابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد (٢١٥) البيع شرط فثبت بالحديث والعرف

ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لا عرف فيه بجماع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهم لما قصدوا المقابلة بين المبيع والتمن خلا الشرط عن العوض وهو الرابا لا يقال لا تطلق الزيادة الاعلى المجانس للزبد عليه والمشرط منفعة فكيف يكون ربا لانه مال جازاخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشئ فكان ربا ولانه يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للعقد عليه

ثم حله المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوت به دون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للعقد عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده الا أن يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده

كثير من أهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بجذأبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام في موطا مالك بلاغا وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عندك وبيع مالم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي (قوله ثم حله المذهب فيه) أي في الشرط (انه اما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يجلس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد ولا يقتضيه لكن ثبت تحريمه شرعا بالامرلة كشرط الاجل في الثمن والمؤمن في السلم وشرط في الخيار كذلك هو صحيح للاجماع على ثبوته شرعا رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشرائه نعل على أن يحدوها البائع أو بشر كها فهو جائز أيضا مما سياتي وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالمبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة أو بأن يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لفرقان حاصله التوثق للثمن فيكون كالمشرط الجوده فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولولم يكن الكفيل حاضرا فحضر وقبل قبل أن يتفرقا جازا لولبعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز ولولم يكن الرهن مسمى ولا مشارا اليه لا يجوز بالاتفاق لان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن مالم يسله للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقدوا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خسر البائع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للعقد عليه وهو من أهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهر أو ثوبا على أن يخطيه فالبيع فاسد وكذا شرط أن لا يبيع المشتري العبد لانه يجبه أن لا تنداوله الايدي وكذا على أن لا يخرجه من مكة مثلا وفي الخلاصة اشترى عبد اعلى ان يبيعه جازو على أن يبيعه من فلان لا يجوز أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لان للمبيع منفعة وله ما طالب من جهة العباد وهو العبد لان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه اذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعما على أن يتصدق به فهو فاسد اأمالو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين اذا شرط في المزارعة أن لا يبيع الا خرصيه أو يهبه ان المزارعة جائزة والشرط باطل لانه ليس لاحد

(قوله لانه في الحقيقة الخ) أقول جواب لقوله لا يقال نهى النبي عليه الصلاة والسلام (قوله لانه معلول)

(الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجماع كونه شرطا) أقول مفضيا الى الزيادة العارية عن العوض وفيه بحث (قوله لانه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أي في حكم المال

كشروط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فإن العبد يبعه ان لا تناذوله الا بدى وتعام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشترط منفعة كاشترط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشروط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب لهم هذا الشرط فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به نص عليه في آخر المزارة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين والجواب أن المتعسر المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للعقود عليه لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيل لا الاكراه والشرط يقتضي الاكراه حتما والمنازعة بينهما ماثرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فمنازعة ما وقولنا انه فاسد والفساد ما يكون مشروعا أصله غير مشروع بوصفه قبل النظر (٢١٦) الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير

مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملتين بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوز به بقيسه على بيع العبد نسمة وفيه في الميسر بالبيع بشرط العتق وفيه المصنف بأن يباع عن يعلم أنه يعتقه لان يشترط فيه فان كان تفسيره نداء الشافعي ما ذكره المصنف صحيح قوله بقيسه لانهم ما غيران فيصع قياس أحدهما على الآخران ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في الميسر فلا بد أن يفسر قول المصنف بقيسه بالحقة بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن يبيع العبد نسمة على

وهو الظاهر من المذهب كشروط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيل لا الاكراه حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق وبقيسه على بيع العبد نسمة فالجدة عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة ان يباع عن يعلم أنه يعتقه لان يشترط فيه العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في الجرد قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لانه اذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي الى الربا) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكتبه أو يديره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصححه ثم ان أعتقه المشتري فذلك والاخير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المصنف (وبقيسه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه عن يعلم أنه يعتقه لان يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تحقق صورة القياس وأما على نفسه بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا أن قوله لان يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكره الخائف لتفسير الشافعي بذلك فنفاه وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس قال (والجدة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة أصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصح البيع من بطن عتقه أصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرته ذكرها فيما اذا أعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لمعارض للعتق

ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعين في المكاتب فقالت إن شئت عددتها فعولت لاهلاك واعتقك فرفضت بذلك فاشترتها أو أعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الاصول والحق عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروطه وأبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها أن تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتب لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الريح وسيمت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صرح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصاً في قوله عليه السلام فك الرقبة وأعتق النسمة صارت كأنها اسم لما هو معرض للعتق قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف (أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسره المصنف بما فسره) قوله وبيان الحاقه بالدلالة (أقول فيه تأمل

فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفي بالشرط واعتق بعد ما اشتراه ببيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة وقال يبق فاسدا كما كان فوجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط (٣١٧) أولم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا

لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق (ولكن من حيث حكمه بلائحه لانه منه للثمن) والمضى للشئ مقترره ألا

تري أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب (فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقاءه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط) فاذا وجد فقد تحققت الملاءمة في جميع جانب الجواز (علا بالالدليلين وتأمل حق التأميل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تخل وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسدا أولا فان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائزا من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لاننا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب

فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يبق فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه بلائحه لانه منه للثمن والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم تحق الملاءمة فيتمتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة في جميع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلو اعتقه المشتري الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صحيا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيا فتلزمه قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجهه قوله ما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد (فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة أو قيسا على تدبيره واستيلاده فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو وفي بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابي حنيفة أن شرط العتق) وان كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخير الى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (بلائحه لانه) أي العتق (منه للثمن) الذي هو أثر البيع (والشئ بانتهائه يتقرر) وجوده والفساد لا تقرر له فكان صحيا (ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) اذا طلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهة المفسدة ولذا لو مات لا ينقلب صحيا لان عوته لا يصير بشرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شئ آخر كالزاد ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما وأما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيا اذا دبره المشتري أو استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه يتحقق امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بعهدة بيعهما فيتمتقرر الفساد وأوردنا كان فعل هذا الشرط صحيا ينبغي أن يكون العقد صحيا في الابتداء عند اشتراطه أوجب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما بلائحه باعتبار حكمه فعملنا في الابتداء قبل تحقيقه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بقوله بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أولا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيها الاول لما لابي يوسف والثاني ان لم يقضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو بشرط لا طأ له (قوله وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) أو لو باع على أن يقطعه المشتري قيصا أو بقاء فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين)

(٣٨ - فتح القدير خامس) جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها فيبقى لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المذبر وأم الولد والمكتب مخير في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الأمن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كافي الاعناق والموت قال (وكذلك اذا باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهر الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اجارة في بيع وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة

ولم يستدل بالخدمة لان المراد به هذا المذكور وانما قال على أن يقرضه المشتري درهما احترازا عما اذا قال بعثك هذه الدار على أن يقرضني فلان الاجنبي ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لان الم لازم الاجنبي لا ضمانا عن المشتري لان الم ليس في ذمته فيحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على أني ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وأيضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كاذ كره في المتن

وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو (نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أي فرض ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن) بأن يعتبر المسمى غنما بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى (يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اجارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة) فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين ورواه أحمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة أما بثوته فقد روى الزارقي مسنده عن اسود بن عامر واهل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للخدمة موقوفة بالصفقة في الصفقتين ربا تؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادرا من تفسير أبي عبيد وأكثرا فائدة أن كون الثمن على تقدير النقدا ألفا وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة وأعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الاول وليس كذلك بل هذا أخص منه فائدة في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبني غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجبت لك دارى وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائي وقال الترمذى حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجي لو قال بعثك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الأجنبي لانه لو لم يقرضه فاما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يحمّلها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يقل على أني ضامن وإذا لم يلزم الأجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبايع لانه لو ثبت انما ثبت اذ لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك وفي الفتاوى الصغرى قال بيع عبدك من فلان على أن الثمن على والعمد لفلان حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعد أبو بكر الجصاص في وقوعه باع أمة بشرط أن يطاها المشتري أو أن لا يطاها ففسد البيع عند أبي حنيفة فيهما المأذ كمن أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين أحد الجائزين وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرط أن يقرض أجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري أنه يفسد ولو لم تكن فيه منفعة لم يضره كان اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو يوطأ بشرط أن يابس منه جاز وذكر الامام قاضيخان العقود التي تتعلق بتمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البذل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البذل وهو معاوضة المال بمال غير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبهة بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البذل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والبراءة عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوى وتعلق بإيجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار

قال (ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر الخ) أجل في المبيع العين باطل (٣١٩) لأفضائه إلى تحصيل الحاصل فانه شرع

ترفيه في تحصيله باناسع
المدة فاذا كان المبيع أو
الثمن حاصلًا كان الأجل
لتحصيل الحاصل وانما
قيد بالعين احترازًا عن السلم
فإن ترك أجل فيه ففسد
للحاجة إلى التخصيص قال
(ومن اشترى جارية الا
حملها الخ) ذكر في هذا
الموضع العقد المستثنى منه
وهو ثلاثة أقسام الاول
ما فسده العقد والاستثناء
والثاني ما صح فيه العقد
وبطل الاستثناء والثالث
ما صح فيه كلاهما أما
الاول فمكاييل والجاره
والكناية والرهن فاذا باع
جارية الاجلها وأجر داره
على جارية الاجلها ورهن
جارية الاجلها أو كاتب عبده
على جارية الاجلها ففسد
العقد لانها عقود تبطل
بالشروط الفاسدة لان غير
المبيع في معناه من حيث
أنها معاوضة والمبيع
يبطل بالشروط الفاسدة
لما تقدم فكذا ما في
معناه والاستثناء يصير شرطًا
فاسدًا فيها فيفسدها وذلك
لما ذكره من الأصل فيه
أن ما لا يصح افراده بالعقد
لا يصح استثنائه من العقد
والحل من هذا القيل وقد
تقدم في أول البيوع وهذا
لان الحل بمنزلة أطراف الحيوان
لاتصاله به ينقل بانتماله

قال (ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر فالباع فاسد) لان الأجل في المبيع العين باطل فيكون
شرطاً فاسداً وهذا لان الأجل شرع ترفيه فيقبل بالديون دون الأعيان قال (ومن اشترى جارية
الاجلها فالباع فاسد) والأصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد والحل من هذا
القيل وهذا لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه وباع الأصل يتناولهما فلا استثناء يكون على
خلاف الموجب فلا يصح

والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعق
بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء
والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خ لا فلا في يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة
والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العبد والجراحة التي فيها القصاص حالا
ومؤجلا وجناية الغصب والوديعة والغارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وعقد
الذمة وتعليق الردي بالعيب وتعليق الرد بغير الشريط وعزل القاضي والسكاح لا يصح تعليقه ولا
اضافته لكن لا يبطل بالشريط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط
وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشريط المتعارف تصح هي والشرط وبغير المتعارف يبطل وتصح
الكفالة انتهى فالحاصل أن كل ما كان من قبيل التمليكات أو التقييدات لا يصح تعليقه في الأول
الافراد والبراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف من قبيل
التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لأنه من اطلاق الولاية كالتقاضي والاذن والايضاء والوكالة
وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات أشبه (قوله ومن باع عيناً
على أن لا يسلمها) ايها (الى رأس الشهر فالباع فاسد) لان الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً
فاسداً وهذا لان الأجل شرع ترفيه فيقبل بالديون) لان ليست معينة في البيع فيحصل بالأجل
الترفيه بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذا فاته الاستحصال به
وهو حاصل فيكون اضراً بالبائع من غير نفع للمشتري (قوله ومن اشترى جارية الاجلها ففسد البيع
والأصل) المذهب لتعريف ما يصح استثنائه من العقد وما لا يصح استثنائه هو (أن ما لا يصح افراده
بالعقد) ابتداء (لا يصح استثنائه من العقد) وما يصح يصح وما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح
استثنائه وهذا وهو كون الحل لا يصح افراده بالعقد (لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه)
كرجل الشاة واليتيم احق انه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تنفرد بالعقد اجماعاً ومن فروعه
بعثك هذه الصبرة الاقضية منها يكذب يجوز لأن افراد قفـ يزمنها بالبيع يجوز ولو قال بعثك هذا القطيع
من الغنم الاشاة بألف لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه
الشاة فانه يجوز لاتقاء الجهالة حيث يجوز لجواز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عدد متفاوت
ومنه ما اذا باع حيواناً واستثنى ما في بطنه لثمنه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وأما أن ما لا يفرد
بالعقد لا يجوز استثنائه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله المصدر عن حكمه وما يدخل تبعاً ليس
بما تناوله اللفظ كالمناجيج لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى وأما قول المصنف (بيع الأصل يتناولها)
أي الأصل والتبع (فلا استثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لان الاستثناء ليس الاخراجاً
من حكم المصدر وحكمه هو موجب فلو صح ذلك لبطل الاستثناء واصلاً لانه أن يريد بالتناول فيها الحكم
بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب أي طريق الاستثناء ومهيجه لاحقيقة موجبه

ويقر بقراره ويباع الأصل يتناولها فلا استثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الحل تابع

قال المصنف (لان الأجل في المبيع العين باطل) أقول قيد المبيع به احترازاً عن المسلم فيه فانه مبيع دين ويصح الأجل فيه بالنص

فيصير ذكراً شرطاً فاسداً (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسداً لها إذا كان متمكناً في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البذل وأما إذا لم يكن في صلبه كما إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهى لأنه مال في حق المولى ولا تصح إلا بغيره معلوم وتحتل الفسخ ابتداء وتشبهه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتل الفسخ بعد تمام المقصود فالحق أنه بالبيع في شرطه يمكن في صلب العقد والنكاح فيما لم يتم فيه وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصالح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الفساد باعتبار فضائه إلى الربا وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وإن كانت من (٣٣٠) قبيل التمليكات لكنها عرفت باننا نص أن الشرط الفاسد لا يفسد ما فانه صلى الله عليه

فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصالح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً أو اجارة وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها

وذلك لا يجوز وإذا لم يصح الاستثناء بقي (شرطاً فاسداً) وفيه نفع للبائع (والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة) والأحسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات الآن المفسد في الكتابة شرط فاسد يمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكتب المسلم عبده على خرا أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشروط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لتشبهه الاعتاق والنكاح من حيث إن أحد البسدين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة إلى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بمال ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه بالبيع ولم يفسد بمال ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقاً بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصالح عن دم العمد) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط (لا تبطل باستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعتي عليها الاجلها أو اجعلها بديل الصلح الاجلها صححت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد لأنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى بشرط عود الممر فتنصر العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة الممر وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثاً أو اجارة وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية لخدمتها أو لأجلها حيث لا يصح الاستثناء (لأن الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بأنفرادها حتى لو

وسلم أجاز العمرى وأبطل شرطه للممر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة الممر إذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء وأما الثالث فكالوصية إذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث أما عدم بطلان الوصية فلأنها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد وأما صحة الاستثناء فلماذا كرر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لأنه عين بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها لأنها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور واعتراض على قوله الأصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية

مما يصح افراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناءه وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلان سلم أن الوصية عقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصى ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بأن مات الموصى له قبل القبول فلا يتناول لفظ العقد مطلقاً ولقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقداً وعكستم الأصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحح الصحة افراده بالعقد ولم تعتبر ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افرادها بالعقد فغا الفرق بينهما الجواب أنا ما معنا العكس وجوباً وانما منعنا لزومه والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لو ارتد الموصى فاصح أن يكون موروثاً كالحمل معناه وما لم يصلح كالخدمة منهناه (قوله والميراث يجري) أقول إن أراد أنه يجري فيه تبعاً لأمه فلا يفسده وإن أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر أنه ليس كذلك فلتأمل في دفعه

قال (ومن اشترى ثوبا على

أن يقطعه البائع الخ) قد
تقدم وجه ذلك فلا نعيده
قال ههنا صفة في صفقة
وقد تقدم صفقتين في
صفقة وكانهما سواء يشير
اليه قوله على ما مر وقيل
قال هناك صفقتين لأن
فيه احتمال الاجارة والعارية
وههنا صفقة اذ ليس فيه
احتمال العارية قال (ومن
اشترى نعلا) هذا النعل
بالمثال قطعها بهي تسمية
الشيء باسم ما يؤل اليه اذ
الصرم هو الذي يقطع
بالمثال وشرك النعل وضع
عليها الشراك وهو سيرها
الذي على ظهر القدم فمن
اشترى صرما واشترط أن
يجذوه أو نعل على أن يشركها
البائع فالبيع فاسد في القياس
ووجهه ما بيناه أنه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وفي
الاستحسان يجوز للتعامل
والتعامل قاض على القياس
ليكونه اجاعا فعليا كصبغ
الثوب فان القياس لا يجوز
استئجار الصبغ بل صبغ
الثوب لان الاجارة عقد
على المنافع لا الاعيان وفيه
عقد على العين وهو الصبغ
لا الصبغ وحده

قال المصنف (ومن اشترى
نعل على أن يجذوها البائع
أو يشركها فالبيع فاسد)
أقول أراد بالنعل الصرم

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا أو قبا فالبيع فاسد) لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر (ومن اشترى نعلا على أن
يجذوها البائع قال أو يشركها فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا
وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب

أوصى بخدمة الجارية أو غلظها فلان بعد صحة الوصية لا تراث ورثته خدمتها ولا غلظها بل يعود
الى ورثة الموصى بخلاف مال الوصى بحمل جاريته لا يخرج من يده ويكون حملها له وأورد على
الاصل أن الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب أن يصح استئناؤها ما أجيب بمنع لزوم ذلك بدليل
قوله لم كل ما جاز أن يكون ثمن في البيع جاز أن يكون أجره في الاجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمن لا يصح أجره
وبأن الوصية ليست عقدا حتى صح قبول الموصى له بعدم موت الموصى والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد
نقضا **(فروع)** باع صبرة عمائة الا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ولو قال على أن عشرها
لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلا لما روى عن محمد أنه بجميع الثمن فيهما ما عن أبي يوسف
لو قال أبيعك هذه المائة شاة عمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي عمائة ولو قال
ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعثك هذا العبد بألف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في
كله بألف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بألف لانه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين يبعه
بخمسمائة ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة ولو قال بعثك
الدار والخارجة على أن نجعل لي طريقا الى دارى هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى دارى
الداخلة لجاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طريقا الى المشتري في الدار وعلى
أن بابه في الدليل يجوز ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لاه يرد ولو باعه بألف دينار لادره ما أو لا
ثوبا أو لا كتحنطه أو هذه الشياه الواحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على أن لا بناء فيها
فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على أن يبناءها من آجر فاذا هولى فهو
فاسد ببناءه على أنه ما جسدان كما لو باعه ثوبا على أنه هوى فظهر بخليا ولو باع الارض على أن فيها بناء
فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشترى اشجارها بشجرها وليس فيها اشجار جاز وله اختيار وكذا لو باع بعلاها وسفلها فظهر
أن لا علوها ومثلها لو اشترى باحداها **(قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا
أو قبا فالبيع فاسد)** باجماع الائمة الاربعة (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر) من امتناع الصفقتين في صفقة الا أن هناك على تقدير واحد
وهو كون الخطاطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجازة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير
وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع **(قوله ومن اشترى نعلا على أن يجذوها البائع)** المراد
اشترى اديعا على أن يجعله البائع نعل لانه فاطق عليه اسم النعل باعتبار أوله ويمكن أن يراد حقيقة
أي نعل رجل واحدة على أن يجذوها أي أن يجعل معها مثالا آخر ليم نعل الرجلين ومنه حدوث النعل
بالنعل أي قدرته بمثل قطعته ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعل ولا معنى لان يشترى
اديعا على أن يجعله لاه شرا كافلا بد أن يراد حقيقة النعل **(فالبيع فاسد قال)** المصنف رحمه الله
(ما ذكره) يعنى القدورى (جواب القياس ووجهه ما بيناه) من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
نفع لاحد المتعاقدين (وفي الاستحسان يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك ومثله في
دبارنا شراء القبط على هذا الوجه أي على أن يسمر له سرا (وصار كصبغ الثوب) مقتضى القياس
منع لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن يجوز للتعامل ومثله
اجارة الظن مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضنة

تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه كذا في شرح الكاكي وضيم يشركها للنعل بعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام

وللتعامل يجوزنا الاستصناع قال (والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهي مفضية الى المنازعة في البيع لا بتناها على الماكسة الا اذا كانوا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه

لكن يجوز للتعامل جواز الاستصناع (والبيع الى النيروز) معرب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهر كان يوم في طرف الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذ لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الاجل) المفضية الى النزاع لا بتناء المبايعة على الماكسة أى الجادلة في نقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع (وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز (لان مدة صومهم بالايام معلومة) وهي خسون يوما فلا جهالة

في استخار الصباغ والظفر واللبن آلة فعلهما (وللتعامل يجوزنا الاستصناع) مع انه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعه له البائع فله سوة بشرط ان يبطن لها البائع بطانة من عنده وهـ ذاقع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على أن احامل بفسد البيع وعن الشافعي قولان واحدهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابه القولان في غير الادعى أما في الجوارى يصح قول واحد وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على ان احامل بجوز البيع الا أن يظهر أن المشتري يريد بالظن ففسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا وعن الهندوا في شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع بذ كره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري بفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمما أو زيتونا أو خبطة على أن فيها كذا ذهنا أو يخرج كذا ذيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة أن احلوب أو لبون لم يذ كره محمد واختلف فيه فالكركي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لهن هذا المقدار أو أكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقلين كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على أجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على أجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء أخذه بمائة وان شاء ترك وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الاجنبي دينار من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له دينار من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصله ذات حطيطة مشترطة وما آلتها الى الشراء بالثمن الانقص ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبيدين على أنه شريك المشتري في نصف هذا فسد ولو قال نصفهم ماجاز كالوبايع هذا الثوب وقال ان شريكك في نصفه ومقتضى النظر أن يجوز الاول أيضا لانه في الحاصل يبيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شاة عاصفة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بألف الانصبة بستمائة فقهديع نصفه بأربعمائة (قوله والبيع الى النيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تنكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار ينتهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهر كان وقيل هما عيدان للجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود اذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله (اذالم يعرف الى آخره أن الفساد) بالتأجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين فلو كانوا يعلمون ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل أن المفسد لجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة) وهي خمسة وخسون يوما واعلم أن كون التأجيل في

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج) الحصاد يفتح الحامو كسرهما قطع الزرع (٣٣٣) والدياس أن يوطأ المحصود بقوائم الدواب

من الدوس وهو شدة وطه
الشيء بالقدم والقطاف
بكسر القاف قطع الغنم
من الكرم والفتح فيه لغة
والجزاز قطع الصوف والنخل
والزرع والشعر والبيع
الى وقت قدوم الحاج والى
هذه الاوقات غير جائز للجهالة
المفضية الى النزاع بتقديم
هذه الاوقات وتأخرها
والكفالة الى هذه الاوقات
جائزة (لان الجهالة اليسيرة
متعملة في الكفالة ألا ترى
انها تحتل الجهالة في أصل
الدين بأن يكفل بإعذاب على
فلان في وصته أولى) ليكون
الأصل أقوى من الوصف
(وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف
العصاة رضي الله عنهم فيها)
فعاثشة رضي الله عنها
كانت تجيز البيع الى العطاء
وان احتمل التقدم والتأخر
لكونها يسيرة وابن عباس
رضي الله عنهم مانعه ونحن
أخذنا بقوله وهذا قد
يشير الى أن الجهالة اليسيرة
ما كانت في التقدم والتأخر
والفاحشة ما كانت في
الوجود كهبوب الريح مثلا
والبيع لما لم يكن محتسما
للجهالة في أصل الثمن لم يكن
محتسما لالهيا في وصفه ورد
بانه لا يلزم من عدم تحمل
أصل الثمن عدم تحمل
وصفه لان الأصل أقوى
اذهو يوجد دون الوصف

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تنقضي وتتناثر
ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متعملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة
لاختلاف العصاة رضي الله تعالى عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتل الجهالة في أصل الدين
بأن تكفل بإعذاب على فلان في الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يحمّلها في أصل الثمن فكذا في وصفه
الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما وفي الثمن الدين أمالو كان غنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى
الذي ذكرناه ففسدا لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله
(لا يتناثر على المما كسة) المما كسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع
عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة وعند جهالة وقت
القبض يحصل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشترع العقد مع ذلك وحققة هذا يصلح تعليلا
لقولنا لا يحمّل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد)
بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو الغنم (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم
لينقشر وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء لكسرة قبلها (والجزاز) أى جز صوف الغنم
(لانها تنقضي وتتناثر) وذكر شمس الأئمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات جاز
لان الجهالة اليسيرة متعملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قريب تداركها وازالة
جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متعملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبنى
على المسامحة فهذه متعملة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الأئمة وهو كون الجهالة اليسيرة
متعملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متعملا ألا ترى أن الصداق
يحمل الجهالة حيث يحمّل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنبي عن هذا
المحل ثم أجاب بأن الاصح صحة هذه الآجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تأجيل
الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متعملة في الصداق بجهالة الوصف فيورد عليه
النقص بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجب بإعذار وقوله (لاختلاف العصاة) أخرجه
مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من العصاة من أجازها كعاثشة رضي الله عنها أجازت البيع
الى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يخلت لتوافي عدم الصحة معها وقد قالوا
ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجا لا اذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين في بيع عاديهم في
صرفه وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الا أن فان صح هذا فما كلف
يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين فأعذرته عايشة
واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر والفاحشة هي
ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين معلوم فأعاد
الضمير عليه لانه لا كفالة اذ يستلزم دينا يعنى الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه
مؤجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر وقوله (ألا ترى الى آخره) ابتداء لتعليل لقوله لانه معلوم الاصل
وحاصله أنه اثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف العصاة في مثلها وبأن الدين المكفول به معلوم الاصل
فلم يبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الآجال في الكفالة
بأن بعض الكفالة تحتل جهالة الاصل كالكفالة بإعذاب على فلان والذوب غير معلوم الوجود
فلان يحمّل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يحمّلها في أصل الثمن فكذا في وصته)
فانجبه عليه أن يقال لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الاصل
أقوى أحجب أن الاشتراك في العلة يوجب في الحكم وعلة عدم تحملها في الاصل الاقضاء الى المنازعة
الخاص دون عكسه وأحجب بان المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو افاضؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف لم يمنع

وإذا باع مطلقاً أجل الثمن إلى هذه الأوقات صح له بوجه تأجيل الدين (وهذه الجهالة محتملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم إيقاعه على المما كسة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل) أعني النير وزوال المهر جانبا إلى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل تحقق هذه الأوقات انقلب البيع جائزا خلافاً لفرجه الله وهو يقول انه عقد فاسد فلا يتقلب جائزا كاسقاط الأجل في النكاح يعني على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهو استدلال (٢٢٤) من جانب زفر بما يقل به وليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقبلنا الفساد

للمنازعة والمنازعة إنما تتحقق عند حلول الأجل فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقريره فيه عوداً جائزاً فان قيل الجهالة تقرر في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أجاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الأجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد بخلاف ما ذكرنا فان الفساد فيه في صلب العقد واعتراض بأنه إذا نسخ بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا يتقلب جائزاً وليس الفساد في صلب العقد وإذا باع إلى أن يموت الرج ثم أسقط الأجل لا يتقلب جائزاً وأجيب عن الأول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كالأجل كان في صلب العقد ألا ترى أن من صلب بغير طهارة ثم طهر لم يتقلب صلاته جائزة وعن الثاني بأن محبوب الرج ليس بأجل لأن الأجل ما يكون منتظراً والمحبوب قد يكون متصلاً

بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جازلان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه محتملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل) ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جازاً للبيع أيضاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسداً فلا يتقلب جائزاً وصار كاسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقريره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح

وهو موجود في جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الأجل هو إذا ذكرت في أصل العقد أما إذا عقد بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أي عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحاً (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات) فإنه يجوز فالتأجيل بعد الصحة كاللغة لا تحمل الجهالة البسيطة لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الأجل شرط فاسد (قوله ولو باع إلى هذه الأجل) ثم تراضيا على اسقاط الأجل قبل أن يجبي وبأن أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جازاً للبيع أيضاً) كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الأجل (وقال زفر لا يجوز) وتقييدهم بهذه الأجل لاخراج نحو التأجيل بمحبوب الرج ونزول المطر فإنه لو أجل بها ثم أسقطه لا يعود صحيحاً اتفاقاً ووجه قوله أن العقد فاسد (فلا يتقلب جائزاً كاسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) وكالاتهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا يتقلب جائزاً وبيع الدرهم بالدرهمين إذا أسقط الدرهم لا يعود صحيحاً (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار أمر خارج هو الأجل وصلب العقد البطلان مع وجود مقتضى الصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة السائلة عند مجيئ الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحاً بخلاف ما فاسد عليه من الأشهاد المتأخر فان عدم الأشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسد لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحاً مثلاً إذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وإنما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المنعة وعقد من العقود لا يتقلب عقداً آخر فلا يصح اسقاط الدرهم (لأن الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج بعد هذا إلى الجواب ما إذا أسقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحاً في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد إذا لم يستتبع هنالك هذا والحق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الإلزام

بكلامه (قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره أن نقد قلنا أن العقد الفاسد قد يتقلب فإنه جائزاً قبل تقرير المفسد ولم نقل أن عقدًا يتقلب عقداً آخر والنكاح إلى أجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا يتقلب نكاحاً

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جازاً للبيع أيضاً) أقول لفظ أيضاً من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقريره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه) أقول يعني على أصلكم أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما مر في النكاح

(قوله في الكتاب) أي القدرى ثم تراضيًا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة الخ) اذا جمع في البيع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعني سواء فصل الثمن أولم يفصل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان سمي لكل واحد منهما ثمن لاشترى بهما بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز العقد في العبد والذكية (وان جمع بين عبد ومدر أو بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لفرقة حقه الله فيهما) أي في العبد والمدر أو في الجمع بينهما (ومتروك التسمية عامدا كالمتة والمكاتب وأم الولد كالمدر) فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدر أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين مخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولاتأكلوا أموالكم بغير حساب كراسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى (٢٣٥) بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة

من جمع بين الحر والعبد في البيع (لنظر الاعتبار بالفصل الاول يعني بين الحر والعبد بجماع انتفاء المحلية في حق الجمع ولا ييوسف ومحمد اذا سمي لكل ثمن أن الفساد بقدر المفسد اذا الحكم ثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية وأخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل واحد لان عن العبد مجهول ولا يي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمحل والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد

وقوله في الكتاب ثم تراضيًا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما ثمن جاز في العبد والشاة الذكية (وان جمع بين عبد ومدر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيه ما ومتروك التسمية عامدا كالمتة والمكاتب وأم الولد كالمدر له الاعتبار بالفصل الاول اذا محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد لا يتعدى الى القن كن جمع بين الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل واحد منهما لانه مجهول ولا يي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمحل والبيع صفقة واحدة

فانه يجيز النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله في الكتاب تراضيًا) أي قول القدرى في مختصره (قوله ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل عن كل واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما ثمن جاز في العبد) بما سمي له وكذا في الذكية واذا لم يسم بطل بالاجماع وبقول أبي حنيفة قال مالك وعن الشافعي وأحمد كل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع ذنين خلا فاذا أحدهما آخر (ولو جمع بين عبد ومدر أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيه ما ومتروك التسمية عامدا كالمتة والمكاتب وأم الولد كالمدر) وأجمعوا أنه لو باع عبدين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر (لنظر الاعتبار بالفصل الاول) وهو ما اذا جمع بين عبدين ولم يفصل عن كل بجماع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو بوجب انتفاء محلية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس بمحل (ولهما) في الاول (أن الفساد لا يتعدى) محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه حينئذ بلا موجب لأن كلامهم ما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن الا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما ماعدا وصار كالمدر لجمع بين أخته واجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل منهما لأن الفساد حينئذ في القن لجهالة ثمنه (ولا يي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الاجنبية وأخته والمدر والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا والبيع صفقة واحدة)

(٢٩ - فتح القدير خامس) فيما يصح فيه فكان شرطًا فاسداً فيه نظراً ما أولاً فلا نه اذا بين عن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطاً للبيع في العبد وأما ثانياً فلا ان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للعقد وعليه حتى يكون في معنى الرابا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للعة ودعليه فلا يكون شرطاً فاسداً وأما ثالثاً فلا ان قبول العقد في الحر انما يكون شرطاً لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالمدر والعبد والمدر واجب عن الاول بأن الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر البيع أو الشراء وقد تقدم في أول البيوع وعن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بألف والحر ليس بمحل يقابله بدل فكانت بعث هذا العبد بجماع مائة على أن يسلم الى خمسمائة أخرى فينتفع بفضل حال عن العوض في البيع وهو الرابا

وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيه ماصح العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصيلين ونتم جواب زفر عن التسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لأن الحر لا يدخل تحت العقد وأراد به ولاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانهم باع اعتبار (٢٣٦) الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحا

لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على رضاه في أصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا إذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد بناء على أن الإجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الإجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك في أصول النقة فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه باطل إذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز أن يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله وإذا نفذ ههنا عرفنا التحلية فيها ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا أنهم دخلوا في العقد فكان

فكان القبول في الحر شرط البيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازه وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله لأن المالك باستحقاقه المبيع هؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

بدليل أنه ليس للقبول أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرط في بيعه إلا أنه قد شرط في قبول العقد بقوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط الفاسد أما بيع هؤلاء موقوف) على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الأصح خلافا لما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف واجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين في أم الولد أيضا دخلت أيضا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (الأن المالك) أي مالك العبد المضموم إلى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهو لا يستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على أن إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا إلى الخلاف وعنده لا نظر إلى الإجماع وارتفاع الخلاف مع أن قول عبيدة لم يرض الله عنه لما قال بدلى رأى ابنه يبعن فقال رأيك في الجماعة أحب إليهم رأيك وحده ظاهري أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم الاعلما وقد ذكرنا الكرخي رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما سيجي في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في هذه المسائل إذ الفرق بينهما لا يتضح كذا في المدسوط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامسا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في متروكها والاجتهاد أجيب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر به والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لصادقه ظاهر النص هذا وقد جعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الذخيرة أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمن على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة واحدة هو على قول أبي حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسداً أجيب بمنع اشتراط النفع في إفساد الشرط أولا وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعني رد البيع (إشارة إلى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح وإذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه

الواجب أن لا يكون العقد فيه فاسداً إلا أن المالك باستحقاقه المبيع هؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا أي الرد بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا أي الجمع بين القن واحداً مذكورين لا يكون شرطاً لقبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد ببيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه أي فيما إذا جع بين القن والمدبر وحده

فصل في أحكامه وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه أثرا ثابتا به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني بأذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتيب الأحكام عليه وذكر البيع الفاسد لدلان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الأذن في القبض أعم من كونه صريحا أو دلالة والمعنى بدلالة الأذن هو أن يقبضه عقب العقد بحضرة البائع فإن لم يكن بحضرة البائع لم يلزمه بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقا وقد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سند كرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة (٣٢٧) المشايخ سوى أهل العراق فانهم يقولون

المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لأملاك العين وقد تقدم الكلام فيه (وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لأنه محظور) والمحظور (لانتقال به نعمة الملك) لان المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد منها (ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا (ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدرهم) أو الدنانير أو بالمئة وقبض المشتري فإنه لا يفيد الملك وانما أن البيع الفاسد مشروع بأصله

فصل في أحكامه (قوله والبيع عندنا الخ) أقول أي ما يطلق عليه لفظ البيع (قوله غير ما مر) أقول في أول البيع

فصل في أحكامه وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته (وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك) ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالمئة أو باع الخمر بالدرهم ولان ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بان عقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية

وحده وتجب حصته الآخر من الثمن وإذا كان المدبر وماعه محلا للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع **فروع** في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح وقال الخوافي يفسد فيه ما تم رجوع وقال جاز في الملك كافي العبد والمدبر ولو باع كرمافيه مسجد قديم ان كان عامرا بفسد البيع والا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارا بطريقها تم استحق الطريق ان شاء أمسكها بخصتها وان شاء ردها ان كان الطريق محتلا طامها وان كان متميزا لزمه الدار بخصتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكره الحدود وفي المنتقى اذ لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوما أو راضا ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد الا ان كان من ريعه معلوم بعاديه ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جازا للبيع

فصل في أحكامه قال (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) صريحا أو دلالة كإسباني (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينان هما بعد هلاك المبيع في يده أو ما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين المشروعية والنهي والمراد ان النهي يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعاً ثبت قبضه كافي البيع الصحيح (وصار كما اذا باع الخمر بالمئة أو باع الخمر بالدرهم) فان الاتفاق على أنه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك الا لانتفاء مشروعية السبب (ولان ركن العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية

(قوله بخلاف الصريح) أقول هنا نوع مسامحة (قوله وقد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سند كرها) أقول ذكره بعد ورقة تخميناً وهو قوله وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مالاً لا يتحقق ركن البيع الخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول في أوائل البيع الفاسد قال المصنف (ولان النهي نسخ للمشروعية) أقول جوابه وبالله العون ان أراد بالمشروعية ترتيب الثمرات المطلوبة من النبي عنه عليه شرعا فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والمشروعية بهذا المعنى كيف وهو أول المسئلة وان أراد بها المأذونية شرعا قسماً ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعا انتفاء ترتيب الأحكام فليتأمل (قوله أو بالمئة) أقول ظاهره عطف على الدرهم فلا يوافق المتن اذ لا تخصيص فيه للمئة يجعله غنما للخمر بل عام (قوله ولان البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقرينة آخر كلامه لو وحد التلازم بين كلاميه فليتأمل

لا يركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاتساق بالتراضي صدر من أهله إذا الكلام في أن لا خلل في العاقد من مضاهي محل
كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لأن النهي يقرر المشروعية عندنا لا اقتضائه
التصور ليكون النهي عايتا يكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره في شاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع
وبه تنال نعمة الملك لكن لا يفيد من قبح مقتضى النهي فعملناه في وصفه مجاورا كافي البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا
في التقرير على وجه أتم واعتراض بان (٢٢٨) المحذور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لا اقتضائه التصور فنفس البيع
مشروع وبه تنال نعمة الملك وأما المحذور ما يجاوره كافي البيع وقت النداء

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أي الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان
قوله (نعمه) الملك لا تنال بالمحذور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم إذا نهى عنه على وضع خاص
ففعل مع ذلك الوضع رأيان من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه
بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضا ثم رأينا أنه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر
ابن عمر بالمراجعة رفعاً للعصمة بالقدر الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهى عن
مباشرة على الوجه الفلاني إذا بوشر معه ثبت حكمه ويعصى به وقوله النهي نسخ للشرعية يعني يفيد
انتفاء هامع الوصف فنقول ما يزيد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور
أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الأول سلمناه ومنعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهي كما
أريناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزأ
الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لأن فائدته التحريم والتأثير وهو موضع النهي فإنه للتحريم أول كراهة
التحريم إذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بأن عقد على
الخرأ والمينة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل
باعتبار اختلاف حكمهما ثم عيرنا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيد فاسدا أخذنا من مناسبة لغوية
تقدمت أول باب البيع التماسد ولا خفاء في حسن هذا التقرير بأن شاء الله تعالى وكفايته وأما قول
المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لا اقتضائه التصور) يريدون أن النهي
عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور النهي عنه والام بكن للنهي فائدة
فليس بذلك لأن كونه يقتضي تصور النهي عنه بمعنى إمكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد فإنه إذا
فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا أن صورته شرعا أي ما دون ما فيه شرعا ممنوع وان قالوا
نريد تصوره مشروعاً بأصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير للنهي فلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة
النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف
غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلا إذ سلمناه مشروعاً بأصله أعني ما لم يقرن بالوصف وهو
مفقود فلا يجدي شياً أحياناً فقولوه (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه
ما تر يد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه
سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به
نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع أن السبب إذا كان مع النهي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا وأما
(قوله) وأما المحذور ما يجاوره كافي البيع وقت النداء فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع

وصفا فلا يكون قوله كافي
البيع وقت النداء صحيحا
وأيا الحكم هناك الكراهة
وفي المتنازع فيه الفساد
وأجيب بأن غرض المصنف
من ذكر المجاورة بيان أن
المحذور ليس لمعنى في عين
النهي عنه كما زعمه الخصم
والمجاورة جمع والمتصل وصفا
سيان في ذلك وبأن غرضه
أن يحكم المنهي عنه ليس
البطلان كما يدعيه الخصم
والكراهة والفساد يشتركان
في عدم البطلان طالع
التقرير تطلع على ذلك

قال المصنف (وركنه مبادلة
المال بالمال) أقول يعني
حقيقته والافركنه
الايحاب والقبول أو مادل
على ذلك قال المصنف
(وفيه الكلام) أقول
أي الكلام مفروض فيما
إذا كان في العقد عوضان
هما مالان قال المصنف
(والنهي) أقول معارضة
للدليل الثاني قال المصنف
(يقرر المشروعية) أقول
بمعنى ترتب الأحكام المطلوبة
منه عليه شرعا لا بمعنى

المأذونية شرعا قال المصنف (لاقتضائه التصور الخ) أقول يعني تصوره موجودا شرعا تصورا مطابقا
لواقع فإذا كان موجودا شرعا ترتب عليه الآثار والأحكام المطلوبة إذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه قال المصنف
(فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أي مأذون فيه فقولوه فنفس البيع مناقضة وإشارة
إلى الجواب عن دليل الشافعي والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكرى (قوله) قد يكون النهي مانعا عن ذلك) أقول أي
عن المشروعية أنه لا يفيد من قبح مقتضى النهي (أقول قد لا يقتضيه الشرع حال

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفسد قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهم من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلا أن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بأنه لو لم يفسد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالمبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبأنه لو افاد بعد القبض كان تقرير الفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزام أن يكون الشيء مع غيره كالشيء المانع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على ابي بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء المانع غيره لان الشرط أهدر الغير أعنى القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد (٣٣٩) القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض

بوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتماع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا تعتبر بها (قوله ولان السبب دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجه ان السبب يعني المبيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالمبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم) لان لا قبض شيئا بالايجاب فصار كأنه لا يوجب البيع الفاسد اذاد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والمينة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المجاوز وهو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالمبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والمينة ليست بمال فانه عدم الركن ولو كان الخمر ممتنا فقد خرجناه وشئ آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح غنالا ممتنا

وقت الندام في ثبوت الملك عند عدم كون الشيء لعين المتهنى عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالتهنى للجوار يفيد الكراهة لا الحظر والتهنى للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا اني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا فان الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملهما ومقتصرهما مع انها مقصودة حال الاعتصا بل الموجود حينئذ نسبة ان يصير خرا وبائعها وآكل ثمنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا ان نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم باهاو بيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خرا أو خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الآخر وان كان ثمننا وان كان في بيعهم فهم صحيح والله أعلم وقوله (وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدروانه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فأجاب وحاصل الوجه فيه ان اقدارنا انما سبب محظور وان ما هو بسبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمه كما أمرنا براجعة الحائض فوجب ذلك في البيع وحيث أمرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب قد تباخر عنه في الشرع بسبب من الاسباب فأخبرناه الى القبض فانه بهيتا كذا العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها بالقبض وقوله (كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) أي الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجوده مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الخمر ممتنا فقد خرجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها وقوله (وشيء آخر) أي وجه

البيع بالمينة وتقريره ان المينة ليست بمال ومال ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر ممتنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خرجناه يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر ممتنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شئ آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر بوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قلنا بان عقد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة ممتنا لان كل عين بقابلها الدرهم أو الدنانير في البيع هو ممن لتعين الدرهم والدنانير للتمينة خلقه وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات

(قوله لانهم من مواجب العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك الا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازا كما في رعي غنينا (قوله والجواب عن الاول أنه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كلاما على السند (قوله لان الشرط أهدر الغير) أقول وللخصم أن يقول ان الفساد أهدر الغير أيضا (قوله فان القبض بوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فسلم وليس الكلام فيه وان أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص ولو صح ما ذكره ملك المقصوب بالقبض لجريان ما ذكره فيه فليست أمثل فان جواب النقص يظهر مما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكما للعاوضة والمقام بعد محل كلام

قال قول به تغيير للشرع فحكمنا بطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) إشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه بمجلس العقد بحضوره قبل الافتراق ولم ينه فانه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماء الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضوره قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق فيكتفي به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح (٣٣٠) يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بأن العقد اذا وقع فاسدا لم

يتضمن تسليطاً على القبض لان التسليط لو ثبت انما ثبت عقدتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطاً على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطاً بعقدتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالمئنة والدم والحز والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالمية في هذه الاشياء سواء كانت غنما أو ممتنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان

ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفي بدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضوره قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالمئنة والدم والحز والريح والبيع مع نفي الثمن

اخر بل طان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قبضة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسليمها والقيمة لا تكون الادراهم أو دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود نفي لا يقال لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بثمنها صار كل منهما مبيعا وغمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لاننا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا وغمنا وهما يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آلى الى الصنف فتكون القيمة مبيعا وغمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك (أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا) احتره (قبضه في مجلس العقد) ولم يمنع البائع (استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضوره قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق) أما اذا كان أمره بالقبض فانه عليه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا تسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرد لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبت مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضوره ولم ينه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندي اني انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان أدى الثمن بما عليه البائع بالقبض أخذ من اطلاق سيأتي وأما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خراما لا حتى لا عليك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض وفي المجتبى في التخلية باختلاف الروايات والاصح أنها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله (فيخرج عليه) أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالمئنة والدم والحز والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن) كلها باطلة لعدم

المال

(قوله باذن البائع) إشارة الى صحة الاذن أقول في حصول الإشارة مما ذكره خفاء ولعل مراده

هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغي أن تكون الكاف زائدة على ما يدل عليه نفسه الاذن دلالة في أول الفصل (قوله والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى) أقول في التفریع كلام فان البيع الفاسد وجودا شرعيا ولا يكتفي بذلك في ثبوت المقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى يعني يجب اعدامه شرعا فلم يثبت المقتضى شرعا قال المصنف (ليحقق ركن البيع) أقول يعني لنظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل في معنى العام لاطلا أيضا

وقوله أي قول القسودرى لزمته قيمته معناه إذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعديدات المتفاوتة فأما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة فيجب المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته رفعه الفساد الخ) لكل واحد من متعاقدي البيع الفساد له فسح البيع رفعه الفساد سواء كان قبل القبض (٢٣١) أو بعده أما اذا كان قبل القبض

فلما تقدم انه لم يقدر الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يقدر الحكم وأما اذا كان بعده فلا يخلو إما أن يكون الفساد في صلب العقد أي لمعنى في أحد البديلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بقميص أو بشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينفع به أحد المتعاقدين والبيع الى النسيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخته بمحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لقوة الفساد وعند أبي يوسف بمحضرة وغيبته وأن كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض وأما اذا كان بعده فللذي له الشرط أن يفسخه بمحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص وأما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قيل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكره أن العقد قوى فكان الواجب أن لا يكون لاحد المتعاقدين حق الفسخ

وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته) رفعه الفساد وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يقدر حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا أنه لم يتحقق الرضا في حق من له الشرط

المال في العوض وقيد بنفي الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكرا به بنفي ولا اثبات انعقد فاسدا ونبت المالك بالقبض موجب للقيمة لان مطاق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فأنلته لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم أنلته لانه بالاستملاك تقرر عليه الضمان فتعبر بقيمته حينئذ كذا في الكافي وهذا (في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل) ومنها العديدات المتقاربة (لانه مضمون بنفسه) أي بالقيمة واحترزه عن البيع الصحيح وهذا القول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبيضة فيه بينة البائع (قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخته رفعه الفساد) أي للعصية فرفعها حق لله تعالى فان نفى العقد مكرهه والجرى على موجب بالتصرف في المبيع عليك أو انتفاع بطوه أو لبس أو كل كذلك أي بكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه أن يكون حراما لان الاجماع على منعه شرعا قطعي بوجوب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية ان الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخته غير انه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوق تعليله أخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن أو المثل كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمسة فبطل كل فسخته بمحضرة الآخر عنده لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعهده وعند أبي يوسف بغيره بمحضرة أيضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف (وان كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو الى أجل مجهول فكل واحد عليك فسخته قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بمحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخته لانه يقدر أن يستقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخته فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما كل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فان نفى الزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخته كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص أما اذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة له متولدة من الاصل أو لا ومنفصلة كذلك أو انتقص بأداة سماوية أو بفعل الغير بائعا أو مشتريا أو أجنبيا فسد كره وقوله (الا أنه) الى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو أنه لما كان

لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله أن يفسخه وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فان نفى الزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم تمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخته

(قوله فان كان الاول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فان كان الاول فذلك لقوة الفساد الا أنه عدل عنه الى ما يرى بعد المسافة عن قوله أما اذا كان بعده وليتعلق به قوله بمحضرة صاحبه فليتبدر (قوله فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض الخ) أقول لا يلحق عليك ان الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليله في تقريره كما ذكرنا ظاهره

كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشرء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا
ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يمتثل النقص كالاتفاق والتدبير أو يحتمله كالبيع والهبة ورد بأن المبيع لو كان ما كولا لم يحل
أكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا وأجيب بالمنع فان محمد انصر في كتاب الاستحسان
على حل تناوله قال لأن البائع سلطه على ذلك وذكره في شرح الطحاوي في بكرة الوطء ولا يحرم فالمدكور في شرح الطحاوي يحتمل على عدم
الطيب ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط قبل لانه أولى وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفع عن صفة الحل وإذا
كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لعلني حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الأول لحق الشرع وإذا اجتمع
حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لأن التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده
وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بأن الاجارة عقد ضعيف
يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما بآني ولم يذ كر محمد من يفسخها واذ كر في التوادران القاضي يفسخها والتزويج يشبهه
الاجارة لوروده على المنفعة والبيع (٢٣٣) يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على

الرقبة والنكاح على حاله
قائم وعن الثاني بأن ملك
الوارث في حكم عين ما كان
للورث ولهذا يرد بالعيب
ويرد عليه وذلك الملك كان
مستحق النقص فانتقل الى
الوارث كذلك حتى لو مات
البائع كان لوارثه أن يسترد
المبيع من المشتري بحكم
الفساد وهذا بخلاف ما اذا
أوصى المشتري بالمشتري
اشخص ثم مات حيث لم يبق
للبائع حق الاسترداد من
الموصى له لأن الموصى له بمنزلة
المشتري الثاني في ثبوت
ملك متجدد له سبب اختياري
ليس في حكم عين ما كان
للموصى ولهذا لا يرد بالعيب

قال (فان باعه المشتري نفذ بيعه) لانه ملكه ذلك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد
بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولأن الاول مشروع بأصله دون ووصفه
والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليم من جهة البائع
قويان ينبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فأجاب بأن القياس ذلك لأنه لما لم
تتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه شرء فاسدا ببيعة
صحيحة (نفذ بيعه لانه ملكه ذلك التصرف فيه وسقط حق) البائع الاول في (الاسترداد لتعلق حق
العبد) بالعقد (الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عنده مراضة حق الله تعالى
(يقدم) باذن الله اغناه سبحانه وتعالى وسعة عقوده وفقر العبد وضيقه ولا ينقض بالصيد اذا أحرم
ملكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانه قول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه
فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جاع بين الحقيقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من
المشتري مع انه تعالى به حق العبد وهو الوارث لأن الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري
وكان مشغولا بحق البائع في رد فنتقل اليه كذلك أما الموصى له بالمبيع فملك المشتري الثاني فليس لورثه
البائع استرداده منه لأن له ملكا متجددا بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري ولوقيل المشتري الثاني
أيضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لأن ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته أن يبطل
حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري المشغولا بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضا (الاول مشروع
بأصله لا وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أي البيع الثاني
(حصل بتسليم من جهة البائع) أي البائع الاول لأن التملك منه مع الاذن في القبض تسليط على

فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض عما اذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فانه يجب
عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقيقين لا مكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح
فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع وجهه ان البيع الاول مشروع بأصله
دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفساد عندنا والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه اذا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا
يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفساد لا يمارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليم من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه
ان البيع الثاني حصل بتسليم البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ماتم من جهته وذلك باطل ونقض باسترداده قبل
وجود البيع الثاني فانه نقض ماتم من جهته والجواب اننا لنسلم التمام فيه فان كلاما من المتعاقدين يملك النسخ فإين التمام فاذا باع المشتري
فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامنة ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

(قوله كذا في الذخيرة والايضاح والكافي) أقول وهو ظاهر كلام القدوري أيضا ولا يخفى عليك ما في دليلهم من القوة (قوله وكل من
ملك بالقبض) أقول ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول لعل المراد من جواز التصرف هو
أن تترك علمه الاثر كشوت النسب

(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه به لكن الشفيع أن يقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما لاخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقص اذا كان في مقابلته ما هو مروج عنه وما اذا كان ما هو راجع فلا يمنع وحق الشفيع راجع لأنه عند صحة الاخذ تتحول الصفة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن أو باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد (٣٣٣) من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن اشترى عبدًا بجحمر أو خنزير

بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدًا بجحمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لماذا كررنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ماهر والكتابة والرهن نظير البيع لئلا يمتنع مال الزمان الا انه يعود حق الاسترداد بجحز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليط على البيع وعنايه بأن يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رجة عليه أن يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبيد فقد فوت على نفسه المسكنة بتقصيره وحقبة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس الا لتدارك رفع المعصية بالتوبة ومتى أخر حتى تعاق حق عبيد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته أما الوارث فانه مأمور بخلاص مئته من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا (بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع وله أن ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ويرجع الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كإتي البائع وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا يجب بأنه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فتترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدًا بجحمر) المراد اشترى عبدًا شرافا سدا بجحمر أو غيره (فاعتقه أو باعه أو وهبه) وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لماذا كررنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته) فيه (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاعتاق قد هلك) فوقع الاياس عن الاسترداد فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ماهر في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المسكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني اذا كاتب العبد المبيع يباعا فاسدا أو رهنه فهو نظير البيع (لانهم مال الزمان) لحق العبد فيمنع قطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (الا أنه يعود بجحز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصبهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرهن العيب والرجوع

اشترى عبدًا بجحمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبدًا بجحمر أو خنزير فقبضه باذن البائع وأعتقه أو باعه بيعا صحيحا وأعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما نعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة) أمجاوزه (لماذا كررنا أنه ملكه بالقبض) والملك مطلق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشا به الغصب وبالاعتاق قد هلك) فصار كغصب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبائع انقطع حق الاسترداد على ماهر) أنفامن قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن) نظير البيع لانهم مال الزمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى (الا ان حق الاسترداد يعود بجحز المكاتب وفك الرهن لزوال

(٣٠ - فتح القدير خامس) المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصبهما في عود الاسترداد فائدة زائدة فانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولا يهتد بالاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم يعود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغائب بقيمة المغصوب الا أتى ثم عاد

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام في صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والا ظهر أن بطلان الرجحان يسبق حق الشفيع كما سيأتي في كتاب الشفعة (قوله على ماهر أنفامن قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على ماهر إشارة الى الأدلة الثلاثة التي ذكرها المصنف آنفا

(قوله وهذا) أي انقطاع الاسترداد بالنصرقات المذكورة (بخلاف الاجارة) فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا
(انها تفسخ بالا عذر ورفع الفساد) (٣٣٤) من أقوى الاعذار ولا نهاتة قد شياً فيكون الرد امتناعاً)

ولهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالا عذر ورفع الفساد عذر ولا نهاتة قد شياً فيكون الرد امتناعاً قال (وليس للبائع في البيع الفساد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن (وان ما للبائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن

في الهبة ولو بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحول حقه من العين الى القيمة كالعبد المصوب اذا أبق فقطى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لمالكه أخذه لما قلنا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا أجز المشتري شراء فاسداً لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالا عذر ورفع الفساد عذر ولان الاجارة تنعقد شياً فيكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث (امتناعاً) عن العقد عليها والشكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسداً كان للبائع أن يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد الشكاح قائم كالألوز وجهها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم ثبوتها معه يتناغير أنه اذا ظفر به له وطؤها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسداً وأخذ المشتري الارش أو ولدت الجارية وأخذ موهوب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع النوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير البائع بين أخذه وإعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لوفعه له الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسداً لا يمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان وليس له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الارش من المشتري وان شاء أخذه من الجاني وفي قتل الأجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد أو استرد لزمه العقر للبائع أما ان تلفها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع في البيع الفساد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قبل يعني القيمة التي أخذها من المشتري وليس بالزلم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراض به عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لان المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتباراً بالعقد الجائز اذا اتفقا فلهما أن يجلسا ما استأجرا حتى يأخذ الاجرة التي دفعها المؤجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البدلين (ولومات البائع) بيعها فاسداً أو المؤجر اجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى فما نضل فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحيل صار مشغولاً بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجب ثبوت الحق مع اليد لا بمجرد الحق ولا حتى يستوفي الدين

(ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها لانها فيه) (تتعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى أجل في تعين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لأعلى وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تعين للرد يجب رد عينها اذا كانت قائمة (وان كانت مستهلكة أخذ مثلها المايينا) أنه بمنزلة المغصوب والحبكم فيه كذلك وكفى الفوائد الظهيرة أن المبيع يساع لحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كافي ببيع الرهن بالدين قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة) (٢٣٥) وقال أبو يوسف ومحمد بن قيس بن الفضل البناء وترد

الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها واذ كرى في الارض ان قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرامع أبي حنيفة (لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل البناء فأقواهما أولى وله ان البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليم من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليم ولهذا لا يبطل بهمة المشتري وبيعه فكذا بينائمه ولا يدللحتمال (ثم ان كانت دراهم الثمن) التي دفعها (قائمة بأخذها) المشتري (بعينها لانها تعين في البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنها لا تتعين كافي البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سيأتي ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيان وكفى الفوائد الظهيرة ونحو الاسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عمدا فعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد بن قيس بن الفضل البناء) ويقع الغرس (وتسترد الدار له) ما أن حق الشفيع في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) بيعا فاسدا في الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملاك في الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (والا تناق على أن (حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل به ما ثبت بدلالة ثبوته (ولابي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليم البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بخلاف حق الشفيع فانه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليمه على الفعل أعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقطع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليم منه وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فريم أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في

الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها واذ كرى في الارض ان قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرامع أبي حنيفة (لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل البناء فأقواهما أولى وله ان البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليم من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليم ولهذا لا يبطل بهمة المشتري وبيعه فكذا بينائمه ولا يدللحتمال (ثم ان كانت دراهم الثمن) التي دفعها (قائمة بأخذها) المشتري (بعينها لانها تعين في البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنها لا تتعين كافي البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سيأتي ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيان وكفى الفوائد الظهيرة ونحو الاسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عمدا فعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد بن قيس بن الفضل البناء) ويقع الغرس (وتسترد الدار له) ما أن حق الشفيع في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) بيعا فاسدا في الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملاك في الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (والا تناق على أن (حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل به ما ثبت بدلالة ثبوته (ولابي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليم البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بخلاف حق الشفيع فانه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليمه على الفعل أعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقطع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليم منه وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فريم أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في

لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالمبيع الثاني بالثمن أو بالاول بالقيمة وان كان لاشفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليم منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير ينبثق أن قوله مما يقصده الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما أدخله فيها إشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصدهم الدوام ولعل ذلك كره لان يلحقه بالبيع في كونه منها مقرر لانه لما قصده الدوام أشبه البيع فكان منبها للمالك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا تقطع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بأنه اذاوجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى

لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالمبيع الثاني بالثمن أو بالاول بالقيمة وان كان لاشفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليم منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير ينبثق أن قوله مما يقصده الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما أدخله فيها إشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصدهم الدوام ولعل ذلك كره لان يلحقه بالبيع في كونه منها مقرر لانه لما قصده الدوام أشبه البيع فكان منبها للمالك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا تقطع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بأنه اذاوجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى

(قوله والقبض الفاسد الى قوله على الروايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

لان فيه اعدام الفاسد واذا توهم ما ذكر فليس يوارد اذا البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت
الاولوية وبطلت الملازمة واعتراض ايضا بانه اذا انقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود مقتضى وهو العقد
الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا وورد عليه المبيع بما هو فسخ واجيب بوجود مانع آخر فان المانع
من الاسترداد انما ينافي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ابقاء حق الشفيع
فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع
روى وجوب القيمة في هذه المسئلة (٢٣٦) عن أبي حنيفة ويعقوب رحمه الله ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن

وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة
فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

الجامع فقول المصنف (وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) بذلك قالوا انه شك
في حفظ الرواية عنه لافي مذهبه يعني أن مذهبه معروف انه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على
المشتري (فان محمد انص على) هذا (الاختلاف في كتاب الشفعة) فانه قال اذا باع في الدار المشتراة شراء
فاسدا فلا شفيع الشفعة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على أن الرواية عن أبي
حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلو لا
قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد
مارويت لك عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لي أنه يأخذ
قيمتها صريح في الانكار لافي الشك وصريح في أنه ينقل عن أبي حنيفة ما وافق مذهبهما وعدم الخلاف
وقول المصنف (فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف) معناه
أن حق الشفعة وجودا وعدمه مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدمه فوجوده مبني على عدمه
وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالجر وجاعة من الشارحين قالوا وثبوته
بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع
حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه ينقطع
وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب أن الوجه بثبوته بثبوت انقطاع
حق البائع في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه
به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم وعنده ينقطع فلا يستردوا تفتت الروايات ان طلب
حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء وأورد على أبي حنيفة
لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه نقر بالفساد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى
وفيه اعدام الفساد أجيب بمنع الملازمة فان البائع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض
لأجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغرس لأجل الشفيع ينبغي أن
يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد أجيب بأن المانع من الاسترداد انما يزول
بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكم للملكه هذا وقولهما وجه لأن قول أبي حنيفة
ان البناء مما يقصده الدرام يمنع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر أنه قد راد لبقاء وقد لا فان قال
المستأجر يعلم أنه يكاف القلع فغله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا أيضا يكلف

أبي حنيفة لافي مذهبه
والدليل على ان مذهبه
ذلك تنصيص محمد رحمه الله
على الاختلاف في كتاب
الشفعة أن عند أبي حنيفة
للشفيع الشفعة في هذه
الدار التي اشتراها المشتري
شراء فاسدا وبني فيها أو غرس
وعندهما لا شفعة للشفيع
فيها وحق استحقاق الشفعة
مبني على انقطاع حق البائع
في الاسترداد بالبناء والغرس
وثبوته مختلف فيه فن قال
بثبوته قال بانقطاع حق
البائع ومن قال بانتفائه قال
بعدم انقطاع حق البائع
لان وجود الملزوم بدون لازمه
محال وعلى هذا فن حفظ
مذهب أبي حنيفة في ثبوت
الشفعة لا يشك في مذهبه
في انقطاع حق البائع في
الاسترداد فلم يبق الشك
الا في روايته عنه لمحمد
رحمهم الله قال شمس الأئمة
السرخسي هذه المسئلة هي
المسئلة الثالثة التي جرت
المحاوره فيها بين أبي يوسف

ومحمد قال أبو يوسف مارويت عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي عنه القلع
انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب أبي حنيفة كذا وانما قال مارويت وفيه تأمل ولما
كان هذا الموضع محتاجا الى توكيد كمر المصنف قوله (شك يعقوب في الرواية) وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع
الصغير والراوى في الجامع الصغير عنه محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد
(قوله وفيه تأمل) أقول لانه انما قال مارويت لان التراجع كان في الرواية لافي المذهب فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضا بل لا يبعد
أن يقال ذلك هو الظاهر ثم قوله (مارويت) صريح في نفي الرواية لافي الشك فيها الآن راد بالشك خلاف اليقين مطلقا

قال (ومن اشترى جارية ببيعاف فاسد او تقاضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كخلافهما والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما الاول (٣٣٧) فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني

يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية ببيعاف فاسد او تقاضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وبطييب البائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتمتع العقد بالربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يمتكن الخبث فلا يجب التصديق القطع عندنا وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فاعلم الامر ان يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف النقص ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الامدة وما تعدل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب لان ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه من اشتراه فاسدا او قبل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي لا يستحق مجنيته وفعله المقر لعصيته ان يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لاجنابة منه فانه حل ولا اذن في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية ببيعاف فاسد او تقاضا فباعها) المشتري (وربح فيها تصدق بالربح وبطييب البائع ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشتري اذا عمل فربح والا صل في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البطل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وهما عرض او نقد وديانتهما ما وفضل ربح وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثل في الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب او الوديعة فيمكن فيه شبهة الربح بحال الغير من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة او نقد الثمن ان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فمتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لان اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهي عن الربا والريسة فلا يتعدى والاعتبار ما دونها كشبهة شبهة الشبهة وهو لم يفسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال بتصديق المشتري بالربح فيها وبطييب البائع ما ربح في الثمن ولا شك ان هذا انما هو على الرواية القائلة انه لا يتعين النقود في البيع الفاسد اما على الرواية القائلة بتعين خبث الربح في النوعين كان غصب لا يطيب وقد ذكر المصنف ان رواية التبعين في البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصديق على البائع ايضا عارضا في الثمن غير ان هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع فان فيه محمدا عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية ببيعاف فاسد او تقاضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال بتصديق الذي قبض الجارية بالربح وبطييب الربح الذي قبض الدراهم وحينئذ الاصح ان الدراهم لا يتعين في البيع الفاسد كما قال وقول المصنف (لا يتعين في العقود) أي عقود البياعات بخلاف ما سواهما من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احتراز به عن الوديعة والغصب والشركة انما يصح لو كان لفظ البياعات او المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وطيب به الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير يتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كافي المبيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له ان يحبسها ويعطى مثلها عندهما

(قوله وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي

انما لا يتعين الخ) اقول فيه بحث فان عدم التبعين سواء كان في المغصوب او في المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني ولا يضر تعيينه في الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لا على الاصح وهي التي تقدمت الخ) اقول يعني تقدم ذكرها بورقة تخميننا بقوله ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة باخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتبعين على رواية أبي سليمان وهو الاصح

لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتبعه وفيما لا يتبعه. وقال أبو يوسف بطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والفرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتبع حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتبعه شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبما نه اذا اشترى به فلا يخلو امان اشار اليها ونقد منها وأشار اليها ونقد من غير هاتان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع غنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بملك الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بملك الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتبع الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما له فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتبع الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصوله بما بملك الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شائبة ملك والشبهة هي المعبرة لا النازل عنها قيل بالخبث وهو ما روى أن النبي صلى (٢٣٨) الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة

وهذا في الخبث الذي سمي به فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتبع حقيقة وفيما لا يتبع شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعبرة دون النازل عنها قال (وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا يقضاه اياه ثم تصادقانه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى في الدراهم بطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبذل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتبع

(قوله وكذلك الخ) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر ما لا يقضاه ثم تصادقانه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعى في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (بطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية) أي بالاقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق مملوك) أي ملكا فاسد اسواء كان عيناً أو ديناً أما عيناً فبديل لأن من اشترى عبداً بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحققت الجارية يصح عتق العبد ولو لم يكن بدل المستحق مملوك كالم يصح العتق اذا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسد فيما لا يتبع لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضي خان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفى حقه فباعه المديون عبد الغيرة بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنت لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنت وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتمت لكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تتمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم به لا بما يزعم أنه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمداً للكذب فدفع اليه لا يملكه أصلاً لانه متيقن أنه لا ملك له فيه والله أعلم

معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهة الشبهة أيضاً داخلية في الريبة فقد ثبتت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لا تعتبر مادونها أيضاً دفعاً للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فسادونها قال (وكذلك اذا ادعى الخ) رجل قال لا تحرى عليك ألف درهم فاقضها ففرضاها ثم تصادقانه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح ولا يجب التصديق به لان الخبث فيه

لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعى وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفاً لمصلحة لكن لما تصادقانه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البذل عن الملك لان بدل المستحق مملوك به اذا كان عيناً يتبع كما اذا اشترى عبداً بجارية وأعتقه فاستحققت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوك كالم لا ينفذ لا متناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتبع أولى لكنه يفسد الملك اذا استحقاق قصداً في مقابلة لافيه فلو كان فيه كان باطلا وخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتبع (قوله لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته وقد استشعر كل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذار ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وانما ثبت الملك مستنداً بالضمان وفي المستند شبهة عدم وشبهة عدم ملحقه بحقيقة عدم فيما يمتنى على الشبهات والصدقة تفنى عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الربح فالملك بعد الضمان يفيد طيب الغصوب لا طيب الربح الحاصل منه لأنه بالنسبة اليه كالعدم اهـ ونحن نقول فعلى هذا يكون في ربح المغصوب المضمون شبهة الخبث وفي ربح الدرهم المغصوب المضمون شبهة الشبهة اذ علم مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المصلحة التي ادعاها في الكلام حيث لا يخبره الى الحقيقة فليتنامل

(۲۴۹)

في التقرير (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخبش) بفتحين (وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) ويجرى في النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام (لا تناجشوا) أى لا تفعّلوا ذلك - وسبب ذلك إيقاع رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكر وهما ظهر من هذا أن الراغب في السلعة إذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكر وهما لا تنفاه الخداع (ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية ومصدره أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضا يابنك ولم يقدّر عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الإيحاء والاضرار وهما قبيحان ينافيان عن البيع فكان مكر وهما إذا جح البائع إلى المسم بما طلبه الأول من

﴿فصل فيما يكره﴾ قال (وهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تتاجشوا قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولا في ذلك يحاشا واضرار وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ عمن في المساومة فاما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه محمول النهي في النكاح أيضا قال (وعن تلقى الحلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد

فصل فيما يكره **﴿** لما كان دون الفاسد أخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والافهذه الكراهات كلها محرمة لانعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندى أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الاخر بشرطه والحاضر بالادى في القحط والاضرار فاسدا وتلقى الجلب اذ البس باطلا أو يثبت له الخيار وهذا لأن النهى مطلقه للتحريم الا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهى تؤكده المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على سوم الاخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالنحر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما جى به في زمن الحاجة ليعالى على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك أو منه قدا وثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاورا ولا زما لا ينفي ما ذكرنا اذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاضل للعصية بمباشرة المنهى عنه وعلك الجدل منه بالقبض وتأخر المالك الى القبض ليس الا لوجوب رفع العصية برفعها ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الاتحاد الظنية سموه مكرها على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتا جعلته فاسدا **(** قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره **)** بعد ما بلغت قيمتها فانه تغير بالمسلم ظلما فاما اذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجاز لانه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذ كان شراء الغير باقية **(** قال صلى الله عليه وسلم لاتناحشوا **)** في الصحبة من حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتتلقى الركان للبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض لاتناحشوا ولا يبيع حاضر لباد والنجش بفحشين وروي بسكون الجيم **(** قوله وعن السوم **)** أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحبة في لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه الا أن يأذن له وفي الصحبة من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقى الركان الى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مشيره وهو ما فيه من الاحتشاش والاضرار وشروطه وهو أن يتراضيا بثن ويقع الركون به فيجىء آخره دفع المالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيدعه منه لوجاهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجىء آخره فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بانه من هذا الثمن فيضرب صاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل انظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامعاً للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لولم يرد حديث الاستيلاء وكذا محله في الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سئذ كر **(** قوله وعن تلقى الجلب **)** في الصحبة عن عبد الله بن عباس

الثمن وكذلك في النكاح أما إذا لم يجنح فلا بأس بذلك لأنه يبيع من يزيد وقد روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدما وحلما يبيع من يزيد قال وعن تلقى الجلب أي ونهي عليه الصلاة والسلام عن تلقى الجلب أي المجلوب

(فصل) فیما بکریہ

وصورته المصرى أخبر عبي قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما أراد فذلك لا يخلو إما أن يضرب أهل البلد أولا والثاني لا يخلو من أن يلبس السـعر على الواردين أولا فإن كان الأول بان كان أهل المصر في حـط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التصديق المجاور للمنفل وان كان الثاني فقد لبس السـعر على الواردين فقد غر وضـر وهو قبيح فيكره والأول باس بذلك (قال ويبيع الحاضر للبادى) أى ونهى عليه الصلاة والسلام (٣٤٠) عن بيع الحاضر للبادى فقال عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر للبادى وصورته

فان كان لا يضرب فلا بأس به الا اذا لبس السـعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادى) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادى وهذا اذا كان أهل البلد في حـط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالى لما فيه من الاضرار بهم أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال (والبيع عند اذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعترف به في كتاب الصلاة قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تلتقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا وللتلقي صورتان احدهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعه من أهل البلد زيادة وثانيتها أن يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهو لم يعلمون بالسـعر ولا خلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أمأولم يقصـد ذلك بل اتفق ان خرج فراهم فاشترى في معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى اذا لم يلبس وعندنا محـل النهى اذا كان يضرب أهل البلد أو لبس أما اذا لم يضرب ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن بيع الحاضر للبادى) تقدم النهى عنه ومحـل النهى (اذا كان أهل البلد في عوز) أى حاجة (أو حـط وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالى) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلواني هو أن يمنع السمسار الحاضر القروى من ان يبيع ويقول له لا تبع أنت انا أعلم بذلك منذ فيتموكل له ويبيع ويغالى ولو تركه يبيع بنفسه لخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير أصح ذكر في زاد الفقهاء لما وافقته الحديث وعلى هذا تفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسارا ايس هو تفسير بيع الحاضر للبادى وهو صورة انتهى بل تفسير لضدها وهى الجائزة فالله نى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع الحاضر للبادى قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه للسـمسار (قوله والبيع عند اذان الجمعة قال تعالى) اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة الى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا فى النهى عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفضى الى (الاخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعترف به في منع البيع في كتاب الصلاة) وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله (كل ذلك يكره) أى كل ما ذكرناه من أول الفصل الى غنايكره أى لا يحـل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع) باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت المالك قبل القبض وهو قول الشافعى لكنه يثبت الخيار في تلقى الركبان على ما قدمناه وقد مرنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجس وكذا يبيع الحاضر للبادى وبه قال أحمد وعمل الصحة (بأن الفساد فيه) (في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة) واستشكله في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الآن يؤول الخارج بالمجاور وأنت علمت ما

الرجل لا طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من أهل البادية بمن غال فلا يخلو اما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك أو في حـط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا تكون الام للبادى يعنى من وقيل في صورته نظرا الى اللام أن يتولى المصرى البيع لاهل البادية ليغالى في الثمة قال (والبيع عند اذان الجمعة) أى ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منها باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه) بيان لقبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعى اذا قعدا أو وقفا يتبايعان وأما اذا تبايعا عشا ينافى الاخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أى المذكور من أول الفصل الى هنا مكروه لما ذكرنا لافساد لان الفساد أى القبح لامر خارج زائد

عندنا

أى مجاور وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

قال المصنف (والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعي وذكر في النهاية أنه ما اذا تبايعا وهو ما عشا يان فلا بأس به وعزا الى اصول الفقه لابي اليسر وهو ما مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأى اه وفيه بحث

قال (ولابأس يبيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولأنه يبيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذورحم محرّم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما كبيرا) والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعث أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارددارد

عندنا في ذلك (قوله ولابأس يبيع من يزيد) وهو وصفه البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة (لأنه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلا من الانصار أتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له أمانى يتك شي قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال اثنتي به ما فأتاه بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل أنا أخذتهما بدرهم فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلثا فقال رجل أنا بدرهمين فأعطاهما أياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصارى وقال اشترى بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك واشترى بالآخر فأسافنا فأتى به فأتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبيع ولا أرينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وبعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تنجي المسئلة نسكة في وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تصلح الا لثلاثة لذي فقر مدقع أو لذي غرم مفقوع أو لذي دم موبع وأخرجه الترمذي مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقد حافين يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفى وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عجلان وقال في علمه الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عجلان ثقة (قوله نوع منه) أى من البيع المذكور أى الذى لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع اليه أولا نهما مسائل يجمعهما معنى واحد هو التفريق بخلاف الاول (ومن ملك مملوكين) بأى سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان يبيع أو هبة أو وصية وذكرة بصورة النبي مبالغة في المنع ولا يتطرق في الوصية الى جواز أن يتأخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذي عن أبى أيوب الانصارى رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه حى بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ولا اختلاف فيه لم يصححه الترمذي ورواه أحمد بقصة وروى الحاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدته وولدها وقال اسناده صحيح وفيه طليق بن محمد تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبى بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مراسلا قال الدارقطنى وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ وجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الا فى سوقها طولا علينا وأما حديث على رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحاج بن ازطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون ابن أبى شبيب عن على رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعث أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا على ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذي

وتفسير ببيع من يزيد وروى أنس رضي الله عنه قد مر أنفا (نوع منه) أى هذا الذى يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذورحم محرّم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة (قوله ووهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعث أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارددارد

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينهما) الحديث أقول قوله فرق الله بينهما يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والدته وولدها ويجوز أن يكون خبرا (قوله والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول على أن تكون ما مصدرية

ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرة البيع لافضائه الى التفريق وهو محذور فينبغ عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استثناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهدا الكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد النبي على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك المرجحة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستثناس والمنع من التعاهد ترك المرجحة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استثناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للشكاح بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للولي أو الصغير قصد افلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمية بينهما أصلا حتى لو كان أحدهما أخا رضاعيا (٣٤٣) للآخر أو كان أمة والآخر ابنها رضاعا أو كان أحدهما ولدهم أو خال أو كان

واحد هما زوج الآخر
لأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد به فكان في بيع أحدهما قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للشكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد

حديث حسن غريب وتعبه أبو داود بان ميمون لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم على النبي صلى الله عليه وسلم سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فأرتجعهما وبعهما جميعا فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفي ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتمد عليه في هذا الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبخاري وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف (ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد به) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا رواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا رواه البخاري في كتابه المنرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار حديثا يونس بن عبد الأعلى حديثا ابن وهب أن أبا مالك بن أبي الخير الزبدي عن أبي قنبل عن عباد بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منكم من لم يجعل كبيرا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث أبي هريرة وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للشكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب) كحرم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن الم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنه على خلاف القياس فيقتصر على مورد) ومورد كان في المحرمية كما في الوالد وولدها والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها

احد هما زوج الآخر
التفريق بينهما لأن النص الثاني ورد بخلاف القياس لأن القياس يقتضي جواز التفريق بوجود المالك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس فيقتصر على مورد ومورد الوالد وولدها والاخوان فيل في كلام المصنف تناقض لأنه عل بقوله ولأن الصغير يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للشكاح ثم قال لأن النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب ما أشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استثناس وتعاهد

يحصل بالقرابة المحرمة للشكاح بدون ضرر للولي أو الصغير قصد افهوه بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالادلة اذا ساواه لان لبيان الوصف الجامع بين المقدس والمقدس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذان انهما ليس في القرابة والمحرمية ولا مافيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة لا شكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بهما فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للشكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان أحدهما صغيرا فيكافئ العلة منقوضة

(قوله ووجه الاستدلال بالاول) أقول لا حاجة في صحة الاستدلال بأدرك (التي التكرار) نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الامر (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته وولدها الحديث) أقول الدعوى عامة والحديث مخصوص بالوالدة والولد (قوله فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالادلة اذا ساواه) أقول دعوى المساواة فيما اذا كان أحدهما عمًا أو خالا للمورد النص مشكلة وللاشارة الى ذلك قال عسي

ولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا بره أو استولده ان كانت أمة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فان لاوتى أن يدفع وفيه تفریق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة والثالث اذا كان المالك حرياً جازاً لا سلم شراء أحدهما وكما يكره التفریق ببيع بآخر بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيراً وكبيراً جازاً ببيع أحدهما الكبير استخساناً وان لزم التفریق والخامس اذا اشتراه ما وجد أحدهما عيباً كان له رد المبيع في ظاهر الرواية ولزم التفریق والسادس جازاً عتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفریق والسابع اذا كان الصغير مرافقاً جازاً ببيع به رضاه ورضاً أمه ولزم التفریق واذا تأملت ما مهد لك آنفاً ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخير ينشتمل على الضرراً أما الاول فلان بيع أحدهما لما امتنع لمعنى شرعى لومنع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفریق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف يحمل لانه لو لم يحصل ذلك لزم اهمال الحديث وأما الثاني فلانه لو ألزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلان منع التفریق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصداً وعاد على موضوعه بالنقض (٣٤٣) فان الحربي يدخله ما دار الحرب فينشأ

فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا العرصة الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من ينشأ من صغره بينهم أن يكون على دينهم وأما الرابع فلان منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى وأما الخامس فجواز التفریق فيه ممنوع على ما روى عن أبي يوسف وعلى ظاهر الرواية اتماماً لاجاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المبيع اضراراً للشترى فيمنع من رده دفعا للاضرار عنه وأما في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع بأكل الوجوه لان المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيرد وهو

ولا بد من اجتماعهما في ملكه ما ذكرنا حتى لو كان أحدهما الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ما ولو كان التفریق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورد به العيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

لان النص ما روي الا في الوالدة والاخوين فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلالياً وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية لا القطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد أيضاً مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة فنبت في الحال والحالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة ثمانية مسائل يجوز التفریق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفریق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء دين لزم الصغير كاستهلاك مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور اذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبق به وردده ببيع بمحضته فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يرددهما جميعاً أو يسكنهما كما في مصر اعى الباب اذا وجد بأحدهما عيباً والرابعة أن يدبر أحدهما أو يستولدا لامة وحينئذ جاز بيعه الآخر والخامسة أن يكون لحربي مستأن من قباع أحدهما فلمسلم ان يشتره مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حصل بيع أحد الكبيرين مع أنه يصدق التفریق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكتبه مع أنه حصول الفسقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مرافقاً فرضى بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) في منع التفریق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الحاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا

حيثما دار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ولا اعتبار بخروج وجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعاً مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه وأما في السابع فلان المنع عن التفریق للاحتراز عن الضرر بهما فالمرضي بالتفریق ان دفع الضرر ففما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى الاضرار به من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلا تفریق فيه وأما السابع فنقبل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما لان التفریق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقاً ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغريباً بصغيره أو كبيراً وهما في مؤنته أو لا سواء كان زوجته أو مكاتبته ولا يجوز بيع أحدهما من أحدهما لانه اذا كانا في ملكه لحصول التفریق بذلك (قوله ولو كان التفریق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الاسئلة وجوابها وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما به يستحب الفداء لانه مخير بين أن يدفع أو يشد في مكان الفداء أولى

قال المصنف (لا الاضرار به) أقول قال ابن الهمام أي بالمالك المتهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث (قوله ولزم التزام القول بتخصيص العلل) أقول فانه ظهر ان العلة هي الرحم المحرمة الغير المستلزم ضرراً بالمالك وبالصغير قصداً (قوله وأما الثالث فلان منع التفریق الخ) أقول فيه بحث

قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العتد الخ) فان فرق كرهه ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه وسواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتهم واضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما رويان من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدرك أدرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والكره لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فيكون كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافساد الاستيلاء والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما

(قوله واطلاق التفريق يدل الخ) أقول لا يخفى عليك ان قوله وجاز البيع يدل على التقييد نعم لا كلام في اطلاق التفريق الواقع في الحديث (قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول في أدرك وأردد (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول في أدرك ثم لفظ أو ههنا لمنع الخلو

قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العتد) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما رويانا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشا به كراهة الاستيلاء

التفريق كان الزاماً للضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمة غير المستلزم ضرراً بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الجرح عليه منه من التصرف في ماله رأساً بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والانتفاع بهما ولهما وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم فانه ان لم يشتره أحد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشب ويكتمل أعظم من ضرر التفريق على الصغیر لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والديانة تعرضه على القتل والسبي والسبي هلاك ويحیی وما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستباحش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغیر عدد من أقاربه لا يفرق بينهم وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالم والخال أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بأن العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الجرح عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حينئذ كان وأينما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهم لما اختار ذلك فقد تحققنا خلوا الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشترع معه الحكم قال الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذمي عبده امرأة أمته ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفرق بينهما وبين أمه لانه يصير مسلماً بالاسلام أبيه فهذا تفریق بحق (قوله فان فرق كرهه ذلك وجاز العتد) اذا كان المالك مسلماً حراً أو مكاتباً أو مازناً أو أما اذا كان كافراً فلا لانهم غير مخاطبين بالشرايع والوجه أنه ان كان التفريق في ملتهم حلالاً لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممنوعاً في ملتهم لا يجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد وغيرهما وهو قول أحمد لما رويان من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما وارفعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله والكره لمعنى مجاور) والتهنى للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لو وصف لازم (فشا به كراهة الاستيلاء) على سوم أخيه وحينئذ يجب تأويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقيه له رغبة في نواب الاقالة أو أن يبيع الاخ لا خرمته واعلم أن مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذ كرفية حديثاً في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجتمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لا تفرقوا بين الام وولدها فقبل الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول للشافعي وفي أظهر قولييه الى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحارثي كم وصححه وخطأه صاحب التنقيح وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان في سنده عمدة الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير أن الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعاً وقال بعض مشايخنا اذا راهنا ورضينا بالتفريق فلا بأس به لانهم من أهل النظر لانفسهم ماورى بما يريان المصلحة في ذلك

(وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ماورد به النص وقد صرح انه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ماورد به النص) لثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صرح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البراء بعد ان غلظه للعديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ولهم بن دهم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم عليه السلام وهي مارية أم إبراهيم وأما الأخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسل أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب ابن أبي بلتعجة إلى المقوقس إلى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين أحدهما أم إبراهيم وأما الأخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهي أم زكريا بن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا يخالف لما تقدم وجمع بينهما بمحدث آخر رواه البيهقي بسنده إلى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المقوقس ملك الاسكندرية فحُثت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزلني في منزله فأقمت عنده ثم بعث إلى وجمع بطارقه إلى أن قال وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد فأهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهيم بن حذيفة العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطريقه وليس في شيء من هذه الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي باسناده ان المقوقس أرسل إلى حاطب ليلة إلى أن قال فارجع إلى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبي وألف متقال ذهباً وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك وأمرت بالثمانمائة دينار وخمسة أنواب فارحل من عندي ولا تسمع منك القبط حرفاً واحداً فهدم مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد أسلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبري عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب امهات المؤمنين فأنه أعلم بذلك وانما يتوب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسند عن سلمة بن الأكوع قال خرجنا مع أبي بكر فغزونا فإذارة إلى أن قال فحُثت بهم إلى أبي بكر وفيهم امرأة معها ابنة إلهام من أحسن العرب فنظفني أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فقلت هي لك فقدى بها أسارى مكة انتهى مختصراف هذا التفريق وان كان من فعل أبي بكر لكن لا شك في أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهم الجارية ولم يردّها إلى أمهابل أبعد دارها حين فدى بها فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين والله أعلم ﴿فروع﴾ إذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحداً منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمّة وأخالة أو أخ جاز يبيع من سوى الأم وروى هشام عن محمد أنهم لا يبيعون الأمعاء اعتبار الاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الأم تغني عن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والحدة كالأم ولو كان معه جدّة وعمّة وأخالة جاز يبيع العمّة والأخالة ولو كان معه عمّة وأخالة لم يباعوا ٣ الامعاء اختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان أو إخوة كبار في رواية الامالي لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر البعد مع الأقرب وعند الاتحاد في الدرجة والجهة

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ماورد به النص يشير إلى ان مراده فيما تقدم الاحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين روى ان أمير القبط أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سارية فولدت له إبراهيم وهي مارية ووهب الأخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلماً حراً كان أو مكاتباً أو ماذناله وأما اذا كان كافراً فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الافالة

(الافالة) الخلاص عن خيب البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها باهاهما وهي من القيل لامن القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة (٣٤٦) نديب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحرير رض عليها من الثواب إخباراً أو دعاءً وكلاهما

باب الافالة

(الافالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فمليكان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الافالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما

أحدهما يغني وكذا لو ملك ستة أخوة ثلاثة كبار أو ثلاثة صغار أقباع مع كل واحد غير كبير أجاز استحساناً فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جلة القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطاً فصار الاصل أنه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنس مختلفين كالأب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ماسواه ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

باب الافالة

مناسبتها الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسداً ومكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صوناً لهما عن المظور ولا يكون ذلك الا بالافالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضاً الافالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوتها وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فاعقب الرفع معظم أبواب الانبئات ثم قيل الافالة من القول والهمزة للسلب فاقال يعني أزال القول أي القول الاول وهو البيع كاشكاه أزال شكايته ودفع بأنهم قالوا قلنه بالنكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الافالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وأيضاً ذكر في مجموع اللغة قال البيع قبلاً وافالة فسخته (قوله الافالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولان العقد حقهما فمليكان رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الافالة وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلو جبه يفيد المعنى الذي مهد به بقوله (والاصل) أي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر (أن الافالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الرفع الاول

لا يكون الم شروع ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما على مكان رفعه لحاجتهما وشرطهما أن تكون بالثمن الاول (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل في ذلك ان الافالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا يبطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان بيعاً لما جاز لكونه قبل القبض ببيعاً جديداً في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع داراً فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخاً في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفاً فكانت في حق الشريعة ببيعاً جديداً وهذا لان لفظها ينبي عن الفسخ كما سئذ كره ومعناها ينبي عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخاً أو بعبارة أهمل لاحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى

فان قيل ما الجواب عن انتفاض حد البيع بالافالة قلنا المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا تراجعاً بطريق الرفع بقربة مقابلة الافالة للبيع (قوله ويمن من القيل لامن القول) أقول في مجموع اللغة قال البيع قبلاً وافالة فسخته (قوله والهمزة للسلب) أقول فاقال يعني أزال القول أي القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الاول الخ) أقول لو كان شرطاً لانتفاءه وليس كذلك بل الظاهر انهم أحكامه

فجعلناها من حيث اللفظ فسحنا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعا في حق غيرهما فإن تعذر جعلها فسحنا بطلت كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسح العقد حقا للشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع الآن يتعذر جعلها بيعا كما إذا اتقيا بلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسحا إلا أن تعذر جعلها فسحا فيبطلان كما إذا اتقيا بلا في العروض المبيعة بالدرهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسح إذا تعذر ذلك كما إذا اتقيا بلا أكثر من الثمن الأول فيجعل بيعا إذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العرض بالدرهم بعد هلاكها استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال إن اللفظ للفسح والدفع يعني إن حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلني عثرتي وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز فيعمل بها وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو (٣٤٧) البيع لأنه بيع في حق ثالث

واستدل أبو يوسف بعنايه فأنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع إلا ذلك واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعروض بأنه لو كانت بيعا أو محتملة له لاعتقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروى عن بعض المشايخ وبالفارق بعد التسليم بأنه إذا قال ابتداء أفلتت العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر نصحه بها به علان الاقالة إنما أضيفت إلى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لأنها أضيفت إلى ما له وجود أعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين

الآن لا يمكن جعله فسحا فيبطل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع الآن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسحا الآن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسح إذا تعذر جعله فسحا فيجعل بيعا الآن لا يمكن فتبطل لمدرجه الله أن اللفظ للفسح والرفع ومنه يقال أقلني عثرتي فتوفر عليه قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا ترى أنه بيع في حق الثالث ولا يبيح يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وثبت به الشفعة كان لم يكن فيثبت الحال الأول وثبوت الحال الأول هو رجوع عين الثمن الأول إلى مالكه كان لم يدخل في الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاحتمال نعم لما لم يكن فعله ما ينبغي فعله على غيرهما جعل بالنسبة إلى غيرهما بيعا فيعطى بالنسبة إلى غيرهما حكم البيع كما سنده (فإن لم يمكن جعله فسحا) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكما إذا كان المبيع عرضا بالدرهم فهلك (تبطل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع الآن لا يمكن جعله بيعا بأن وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فيجعل فسحا فإن تعذر كونها بيعا وفسحا كالمو كان المبيع عرضا بالدرهم فتقيا بلا بعد هلاك العرض خفيئذ تبطل وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهمي فسح الآن يتعذر فيبيع الآن تعذر فتبطل والمجيب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الاقالة تنص بلفظين أحدهما مستقبل كالمو قال أقلني فقال أفلتت مع أنها بيع عنده والبيع لا يعتد بذلك على ما سلف ومحمد يقول أنها فسح ويقول لا تعتد الا بالمضى فيهما لأنها كالبيع فأعطى بسبب الشبهة حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لأن المساومة لا تجوز في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدروري وذكره في الدراية والذي في فتاوى قاضيان أن قول أبي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختاروا قول محمد ولا يتعين مادة قاف لأميل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما إذا قطعه قيصا في فور قول المشتري أفلتت وتنعقد بفاسختك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أي لفظ الاقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فإنه (يقال أقلني عثرتي) بمعنى اسقط أثرها باعتبارها عدم ما بعد وجودها وهو المراد بالفسح إذ حقيقة رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير يمكن بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه قضيته وإذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع ولا يبيح يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الأمر أنه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كافي النولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الاقالة (بهلاك المبيع)

أحدهما أنه يفهم منه أن أبا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصر إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز (قوله واستدل أبو يوسف بعنايه الخ) أقول منقوض عما إذا كانت الاقالة بلفظ فاسختك أو تاركتك فإنها حينئذ فسح واجامع جريان الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أي المعنى المجازي (قوله وذلك مصر إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة) أقول ألا ترى أنه يجعله فسحا إذا لم يكن جمعه له تبعه أو لا أن تقول يجوز أن لنظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة المسابهة فالمعنى لا يلزم من ازالة المعنى المنقول اليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر فإن قيل بماذا ثبت النقل قلنا باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تنفرع على مبادلة سابقة وينتبه عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فعنده مجاز شرعي في الفسخ

والثاني ان قوله اقلتك العدة في هذا العدم معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدلال بحقيقة رجحه الله أن اللفظ ينبي عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل أعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى الجواز ان أمكن والابطال وهما لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمل لكونه صادقة واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز كعرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولولم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق الجواز اذا ثبت بالمجاز بابت بقبضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهم على غيرهما لكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع (٣٤٨) وهو الملك للبائع تبدل ظاهره موجب في حق ثالث دون ما الامتناع ثبوت الضدين في محل واحد

وهذه أحكام البيع ولا يحنيفة رجحه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل أعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهم على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فلاقالة على الثمن الاول بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري (وهذه أحكام البيع) فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير أنه اذا تعذر رجعه له بيعا كما اذا وقعت في منقول قبل قبضه صرنا الى مجازه بجمعه ففسخا تصحى الكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع بانسانه به ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة واتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه (ولا يحنيفة رجحه الله أن اللفظ ينبي عن الرفع على ما قلنا لمحمد رجحه الله) والاصل أعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية (وكونه ثبت به لزوم البيع من الرد بالعيب والهالك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقة اذ لا لازم قد تكون عامة ترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فتمكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لالثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك أي بأنه وضع به اذا الاعتبار والارجع الى مجرد الاصطلاح على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا وبقيده أن لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ في أمر آخر وهو أنها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي (ضده) أي ضد العقد ونقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتكميل أو تلخيص وليس ذلك في الشقة أو يكون لمشاكلته لفظ وقع في صحبته كجزء سيئة سيئة وليس هنالك (فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن (لامر ضروري) وهوانه لما ثبت (به مثل حكم البيع وهو الملك) تبدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهم على غيرهما ليصرفا بموجب البيع عنه فيقتصر عليهم ما يظهر بيعا في حق غيرهما اولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذا ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الاصل (فنقول) تقر يعا عليه (اذا شرط) في الاقالة (الاكثر) كأن تقابل على مائة والبيع بنحو مدين (فلاقالة على الثمن الاول) عند

وتفسيره بوجه البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصد اذ زوال الملك من ضرورته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضرورته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبيعة فاعتبر بموجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على أنفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه آخر أن المدعي ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا بقضاءها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لا يحنيفة رجحه الله عما استدلل به أبو يوسف من ثبوت الاحكام ما قبل الشارع ببطل الاحكام فلا يغير الحقائق فانه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند

هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام بخلاف أن يغرو يثبت في ضمن الاقالة وأما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا أي ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فلاقالة على الثمن الاول

(قوله معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لانسلم أن معناه ذلك بل معناه بعثك هذا العبد الذي كنت بعته مني سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كائن بعد بيع بينهم في هذا المحل على ما ينادى عليه كلام الجيب وأيضا المجاز خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ومحمد كالحق في علم الاصول (قوله وذلك يقتضي نفي سابقة العقد) أقول الاولى أن يقول لا يقتضي سابقة العقد (قوله لانه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول ليصرفا بموجب البيع عنه

لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع مالم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الزبالان فيه نفعه لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع فان الزيادة فيه اثبات مالم يكن بالعقد فيستحق الزبالان في الشرط شبهة الزبالان وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع مالم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بألف درهم وتقابلا بألف درهم صحت الاقالة وان تقابلا بألف وخمسمائة صحت بالالف ولغاذ كر الباقي وان تقابلا بألف الامانة فان لم يدخلها عيب صحت بألف ولغاذ النقص ووجب على البائع رد الف على المشتري وان دخلها (٢٤٩) عيب صحت الاقالة بما شرط وبصير

المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتسب عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتسب عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الخط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أولا وقال بعض المشايخ تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وان كانت فسحا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا يمكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا للكلام العقلاء عن الالغاء والافرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد

لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الزبالان يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعا يمكن فاذا زاد كان فاسدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لاسكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكنت عن الكل وأقال يكون فسحا فهذا أولى بخلاف ما اذا زاد وادخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وانما يبطل لان الاقالة رفع ما كان لرفع مالم يكن لان رفع مالم يكن ثابتا محال ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه أن رفعه على مائة ترجع الى المشتري والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع مالم يكن له وجود فلا رفع أصلا الا ان أصل العقد له وجود واباه عن باب الاقالة غير أنهم ما زاداه شرط فاسدا فيثبت الرفع برفعه ما يبطل بالشرط الفاسد الذي زاداه (بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الزبالان بصير بيعا فاسدا فلا يتصور اثباتها في الرفع) (وكذا اذا شرط الاقل) عنده يصح بقدر الثمن الاول (لما بينا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول (الآن) يكون (حدث بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعل الخط بازاء ما فات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف يصح به لانه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول) باعتباره مريدا الاول لكنه سكنت عن بعضه (ولو سكنت عن الكل) بأن قال أقتلك (يكون فسحا) عليه فاذا سكنت عن بعضه (أولى بخلاف ما اذا زاد وادخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا) من جعل الخط بازاء ما نقص من العيب (فرع) باع صابونا بطائفة تقابلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الاول) بأن كان دراهم فأقال على ذنانير تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ)

(٣٣ - فتح القدير خامس) الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكنت عن جميع الثمن وأقال كان فسحا فهذا أولى واعترض بأن كونه فسحا اذا سكنت عن كل الثمن إما ان يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان أبي يوسف انما يجزمه فسحا لامتناع جعله بيعا لا تنفاد كذا الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح تنافا اذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا ان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

(قال المصنف اما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظا ما هنا ليس في مقامه والظاهر أن يقول بدله لكن (قوله والاول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس بمعذور عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع أن المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهبه فليستأمل (قوله يعني بالاتفاق) أقول اتفاق أبي يوسف لا يتناول بحث لعدم ظهور المانع من البيع

الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقابلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض أما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الحاربية اذا ازدادت ثم تقابلا فان كان قبل القبض صححت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارث والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تنفع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة لانه لا يصحها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تنفع الفسخ بزمان له الحق في الزيادة بطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنتسول قبل القبض فسخ بالاتفاق لا ممتنع البيع وأما في غيره كالعقار فانه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز البيع في العتار قبل القبض عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة الخ) هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة

بالتن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لا مكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

بالتن الاول عند أبي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا) أنه عند أبي يوسف وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض بتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارث والعقر اذا كانت قبل القبض لا تنفع الفسخ والرفع وان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا (وعندهما تكون بيعا) ومن ثمرات الخلاف أنهم لو تقابلا في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري فاني اجاز البيع بخلاف أبي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفقا لانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وغرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع أيضا منها أن المبيع لو كان عقار له شفيع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقابلا وعاد إلى ملك البائع الشفيع أن يطلب الشفعة في الاقالة اتفقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقابلا وعاد إلى المشتري ثم أن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقابلا فليس الواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كأنه اشتراه (قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه إمالي ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما إذا لم يشتر إلى نقد وإما مال حكما لا حقيقة فيما إذا أشار إليه لعدم تعلق العقد بما أشار إليه بل بثمنه والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكيمة وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال ولا تنادي زكاة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالناقص ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته إلى المبيع والثمن سواء فأظهرناها في البقاء فجعلنا ابتداء البيع حكما مضافا إلى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفعه لا لا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما اذا كان رأس مال السلم عرضا معيناً وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمناً والدين عيناً مبيعاً ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الاقالة كافي حقيقة المقايضة كما سند كراماً وتقابلا والبذلان فائتمان ثم هلك أحدهما بايا كان فالاقالة صحيحة

وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المبيع دون الثمن لان الأصل وعليه هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الأصول

ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك أحدهما أي أحد العوضين ابتداءً بأن تباع عبداً بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقال البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل به لآل أحدهما بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائماً أما إذا كان أحدهما هالكاً وقت الاقالة والآخر قائماً وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشك في المقايضة قائماً الا تبقى إذا هلك أحد العوضين (٢٥١) قبل القبض أو كان أحدهما هالكاً وقت البيع قائماً

هالكاً وقت البيع قائماً لا تصح مع أن كل واحد منهما في معنى الآخر لأن الاقالة وإن كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك العوضين بخلاف المقايضة فإنها ببيع على الحقيقة ولعل واحد من العوضين جهة كونه مبيعاً فالحق بالبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد إذا كان قبل القبض واعتاقه هلاك أحدهما لأن هلاكهما جميعاً مبطل للاقالة بخلاف التصارف فإن هلاك البدلين جميعاً غير مانع عن الاقالة مع أن لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لأنهما مالان يتبعنا لم يتعلق الاقالة بأعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد مثله لسيان فصار هلاكهما كقيامهما وفي المقايضة تعلقت بأعيانهما قائمين حتى هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الاقالة عليه وأعلم أن الاقالة تصح بلفظين

(فإن هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي) لقيام المبيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعدهلاك أحدهما ولا تبطل به لآل أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقياً والله أعلم بالصواب وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه) قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت أي تباعا ببيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الاقالة لأن كلا منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقياً) ببقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه وعليه نرفع ما لو اشترى عبداً بأمه وتقايضا ثم إن مشى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع في الأمه جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الارش ثم أقال البيع في الأمه ولو هلك البدل قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة أما لو تقايلا بعدهلاك أحدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة أيضاً والفرق بين المقايضة والصرف فإن هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع أنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم يتعلق الاقالة بعينه ما فلا تبطل به لآل كهما بخلاف غيره من البياعات فإنه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم ورأس المال عما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه رده وإن كان هالكاً فاعتاقه عليه رد مثله ولو تقايلا بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم وصحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لأن المقبوض بعقد السلم وإن كان عقداً على دين كعين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاسيحي (فروع) ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا إذا هلك الزيادة المنصولة أو المنفصلة أو استهلكها أجبت توقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالأبراء خلافاً لابن يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالإجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي جميع التفاريق إقالة الوارث جائزة وأطلق في الجامع جواز إقالة الوصي وهو مقيد بما إذا لم يبع بأكثر من القيمة فإن باع بأكثر منها لا تصح إقالته وكذا المتولي أيضاً لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضاً عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم بربع الدنانير التي وقع العقد عليها لا بدفع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عدها بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد ابن مؤجل ثم جدد اجمال أو على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد ابدراهم ثم جدد ابدراهم أو على القلب أما لو جدد ابدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو باع بأثنى عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا يفسخ الاول لأنه مثله إذا حط يلتحق بأصل العقد الا في العيب فيصحت لو كان حلف لا يشترط بأثنى عشر درهما ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فإن باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله عن شئت لا يصح في الوجوه لأنه توكل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا يفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني إذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى يجوز ما عدا النكاح فسخ وعليه

أحدهما بغيره عن المستقبل فيقول أقلني فيقول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تصح إلا بلفظين بغيرهما عن الماضي مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتباراً بالبيع ولهما أن الاقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله أقلني مساومة بل كان تحقيقاً للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع

(قوله لأن الاقالة وإن كان الخ) أقول لتعليل لقوله ولا يشك في المقايضة

باب المراجعة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما رفعها مشرع في بيان الأنواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في أول البيوع ووعداً تفصيلها وهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل مامله بالعدا الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الأول فلان من اشترى دنائير بالدرهم مراجعة لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلان المصوب لا يبقى إذا عايد به القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مراجعة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبأنه مشتمل على إيهام يجب عنه خلوا التعريف وذلك لان قوله بالثمن الأول إيمان يراد به عين الثمن الأول أو مثله لا سبيل (٣٥٣) الى الأول لان عين الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول فلا يكون عينه مراداً

باب المراجعة والتولية

قال (المراجعة نقل مامله بالعدا الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح

ما فرغ في فتاوى قاضيه خان وغيرها باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لان بحود المشتري فسحق في حقه واذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه أنكر قبض غيرها فان رضى البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد أخرى فقد رضى بملك البائع الثانية بالأولى فاذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئاً مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليحجي بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساداً كان له أن يبيعه من غيره واستحساناً وللمشتري منه أن ينتفع به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضى بانفساخ البيع الأول والمشتري كذلك ظاهر اثم يتظر ان كان الثمن الثاني أكثر من الأول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالتقصان على البائع لا على المشتري الأول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الأول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلنا به فالقول للمشتري مع عينه في انكاره الاقالة فان كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

باب المراجعة والتولية

(قوله المراجعة نقل مامله بالعدا الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح والتولية نقل مامله بالعدا الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لو باع دنائير اشتراها بدرهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه بيع مراجعة وكونه لا يجوز شيء آخر واعلم ان معنى السؤال المراجعة جائزة بلا استثناء شيء وهذا ما صدقناه فيجب ان يجوز لكونه لا يجوز والجواب عنه بأن المراد نقل مامله مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول فان كون مقابله غنماً مطلقاً فيفسد أن مامله بالضرورة مبيع مطلقاً ثم اعلم ان المراجعة في ذلك لان بدلي الصرف لا يتعينان فلم تكن عين

في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو ما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار والأول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مراجعة فان كان ما اشتراه به مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدرهم أو من غير الدرهم من الدنانير أو على العكس اذا كان معلوماً يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي أن لا يضم الى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطرار وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الأول على ان الثمن ليس بشرط في المراجعة أصلاً فانه لو ملك ثوباً بهيمة أو وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قيل فعلى هذا الأولى أن يقال نقل مامله من السلع بما قام عنده

هذه

باب المراجعة والتولية

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذي فيه الخيار ومن الفاسد (قوله أما الأول الى قوله فلا لأن المصوب) أقول المسئلة في قاضيه خان (قوله وذلك لان قوله بالثمن الأول الخ) أقول الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكاً للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المراجعة في الصرف والأولى أن يقول لا سبيل الى الأول اذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدرهم) أقول قوله الدرهم بدل من رأس المال (قوله من الدرهم) أقول بيان الجنس (قوله أو من غير الدرهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بأن يكون رأس المال دنائير ولا يحقني عليك ان مانعه من ذينك السكتين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنساً لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للأول في الجنس

والجواب عن الاول اننا انسلم صدق النعم بغيره فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقد حتى لا يقدر المالك (٣٥٣) على رد القيمة واخذ المصنوب

والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً مقام عنده من غير خيانة فقد دخل فيه مسألة المتوسط وانما عير عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المراجعات، فيكون من باب ترك الحقيقة العادة (قوله والتولية نقل مامله بالعهدة الاول بالثمن الاول من غير زيادة شرح) يرد عليه ما كان يرد على المراجعة من حيث لفظ العهدة والثن الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان)

(قوله والجواب عن الاول) اننا انسلم صدق التعريف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفساد ويصدق عليه مبادلة المال بالمال ويجوز ان يقال المعروف ههنا المراجعة الصحيحة والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الاول بأن يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام الى هنا فيه أعني السلع والمراد

والتولية نقل مامله بالعهدة الاول بالثمن الاول من غير زيادة شرح) والبيعان جائزان

هذه الدناير متعينة لتلزم مبيعاً والذي يلزم وروده على التقدير الذي صححهناه الايراد ما اذا اشترا بثن نسبية لا يجوز ان يراج عليه مع انه يصدق النقل بالثن الاول الا ان يقال اذا كان فيه أجل فالثن الاول بمقابلة شيتين فلم يصدق في أحدهما أنه يمثل الثمن الاول والحق انه وادعى الطرد وكون المراجعة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعاً فريد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى ما اذا أبقى العبد المصنوب فقصى بقيته على الغاصب ثم عاد الغاصب أن يبيعه مراجعة على القيمة التي أداها فهذا بيع مراجعة ولا يصدق عليه نقل مامله بالثن الاول وكذا اذا باعه مراجعة بمقام عليه وكذا لو ملكه بهبة وأورث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا أو رقه كذا فأرابطك على القيمة أو رقه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري مقدار اسواء كان قدر الثمن أو يزيد ثم يراجعه عليه وهو اذا قال رقه كذا وهو صادق لم يكن خائناً فان غبن المشتري فيه في قبل جهله وأجيب بما حاصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به لما كان اقراره بالمعاوضات جائزاً فالقيمة بالقضاء به بمنزلة الثمن الذي اشتري به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسألة الغصب انه يقول قام على بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المراجعة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا أو رقه كذا وهو صادق لم يكن خائناً والحق انه لا يدفع ما على عكس الحد وهو ان المراجعة نقل مامله بالثن الاول مع زيادة شرح ولا نغن سابق أصلاً والله أعلم وبما يرد أيضاً ما اذا كان رأس المال عبداً مثلاً لباع المبيع مراجعة على العبد من صار اليه العبد ببيع معين فانه يجوز مراجعة ولا يصدق عليه انه يمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجب بان هذا العبد في حكم عبداً خروا اختلاف الاسباب وجب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدلل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية أحاديث لاشبهة فيها منها ما أخرج عبد الرزاق أخرنا من عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد أخرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثاً مستفصاً بالمدينة قال من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه ويستوفيه الا أن يشرك فيه أو يولييه أو يقبله وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بأبي أنت وأمي احدي راحلتى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثن أخرجه في بدء الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتم بالثن وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بثمن غائثه درهم من نعم بن قشير فأخذ أحدهما وهي القصواء فرواه المصنف بصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فداك أبي وأمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اركب بغير البس لي قال فهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثن الذي ابتعتها قال كذا وكذا قال قد أخذتم بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر السهم لي عن بعض أهل العلم انه سئل لم يقبلها الا بالثن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حينئذ بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشأوا الفس هنا عشرون درهما فقال انما فعلت لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن

بالعهدة الاول العقد المعهود الذي كنت تكلم فيه وهو بيع العين بالثن فان السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً الخ) أقول لا بد للمجاز من قرينة وهي غير ظاهرة هنا

لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساح الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى
 أن يعتمد على فعل الذكي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وزيادته ربح وقد صحت التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في
 الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود مقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج الى الاعتماد كان مبني المبيعين أي بناؤهما
 على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها وأكذب قوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المراجعة
 والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القسم لان المعادلة والمساواة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم
 المساواة بشبهة الخيانة كالم تجز (٣٥٤) المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة بما

لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة
 يحتاج الى أن يعتمد على الذكي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتري وزيادته ربح فوجب القول
 بجوازهما ولهذا كان مبنيهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صرح ان النبي صلى الله
 عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما
 فقال هو لك بعيرتي فقال عليه الصلاة والسلام أما بعيرتي فلا قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون
 العوض مماثل للمثل) لانه اذا لم يكن له مثل لوملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجعة
 ممن يملك ذلك البديل وقد باعه بربح درهم أو بشئ من المكمل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما
 التزم (وان باعه بربح ده يارده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وبيع بعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال
 وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولمسلم بكف ثبوت شرائط في الشرعية أفاد علمها
 بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج الى أن
 يعتمد) على (فعل) المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتري وزيادته ربح فوجب القول بجوازهما (ولا
 يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقاً بما تراضيا عليه بعد أن
 لا يخل بما علم شرط الصحة بل دليل شرعية البيع مطلقاً بشرطه المعلومة هو دليل جوازهما اذا زادت
 فيهما الاقتران مما بأخبار خاص اذا حاصل أنه يبيعه بثمن كذا مخبراً بأن ذلك الثمن الذي اشترى به أو مع
 زيادة لا أرضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المراجعة والتولية
 حتى يكون العوض) يعني الثمن (مماثل للمثل) كالنقدين والخنطة والشعير وما يكال ويوزن والعدي
 المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوباً بدينار
 مقايضة مثلاً لوراجحه أو لولاء ياه كان يباع بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك
 معلوم أنه لا يجوز أماً لو كان ما اشتراه وصل الى من يبيعه منه فراجحه عليه بربح معين كان يقول أبيعك
 مراجعة على الثوب الذي بيدك وربح درهم أو كرش غيراً أو بربح هذا الثوب (جاز لانه يقدر على الوفاء
 بما التزمه) من الثمن بخلاف (مالو باعه) والحالة هذه (ربح ده يارده) فانه لا يجوز لانه باعه برأس المال
 وبيع بعض قيمته) فان معنى ده يارده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو يتقويم
 العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يارده ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة ربحها واحد يقتضي ان
 يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك رفعاً للجهالة ولا
 يثبت وحيداً للمراجعة على العبد بده يارده تقتضي انه باعه بالعبد وبيع بعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة
 أجزاء من العبد بربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر

يحتاج فيه قال (ولا
 تصح المراجعة والتولية
 حتى يكون العوض مما
 مثل الخ) لا تصح المراجعة
 والتولية في ذوات القيم لما
 ذكرنا أنفاً ان مبنيهما
 على الاحتراز عن الخيانة
 وشبهها والاحتراز عن
 الخيانة في القيمات ان
 أمكن وقد لا يمكن عن
 شبهها لان المشتري
 لا يشتري المبيع الا بشبهة
 ما وقع فيه من الثمن اذا
 يمكن دفع عينه حيث لم
 يملكه ولا دفع مثله اذ
 الفرض عدمه فتعينت
 القيمة وهي مجهولة تعرف
 بالحزر والظن فيمكن فيه
 شبهة الخيانة الا اذا كان
 المشتري باعه مراجعة ممن
 يملك ذلك البديل من البائع
 الاول بسبب من الاسباب
 فانه يشتريه مراجعة بربح
 معلوم من دراهم أو شئ
 من المكمل والموزون
 الموصوف لاقتداره على
 الوفاء بما التزم وأما اذا

اشتراه بربح ده يارده مثلاً أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين درهماً
 كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وبيع بعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار
 البائع بائعاً للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو بجزء من أحد عشر جزءاً من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي
 مجهولة فلا يجوز ثمن الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس
 المال فان كان الاول كما اذا قال بعثك ما عشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعثك بربح العشرة أو ده يارده
 فالربح من جنس الثمن الاول لانه عهده بالنسبة اليه فكان على صفته

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جارٍ بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار لأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذا القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كي لا يكون كاذبا وسوق الغنم منزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكرايت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته

وهو أنه باعه بالعبء وبيع بعض قيمته **ومن فروع ذلك** اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالبعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد فان نسب الربح إلى رأس المال فقال بعته بربح العشرة أحد عشر أو بربحه بزيادة فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته إليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال بيلم قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربحه بزيادة فالربح ورأس المال على نقد بيلم الآن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بيته وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بيلم ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وإن كان على عكسه واشترى بيلم بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك وأعلم أن المعنبر في المراجعة ما وقع العقد الأول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا بقيته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعده قد أخبر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام) برأ أو بحرا (لأن العرف جارٍ بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والأصل أن كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه) من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان إلى مكان (يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الأماكن) قال في الإيضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يتم المواضع كلها (و) إذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) لا يجوز أن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرأنا أو علما أو شعرا (لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا لزيادة في المالية ولا ينجي ما فيه إذا لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسيته إلى التعليم كالاتماع نسبته إلى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نبي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغنم والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبقار لأنه نادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لأن الأجرة على الشراء لا تصح إلا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل إن كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم عن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب لأن بيعه ودفعه شيء متسول منها كالألبان وأصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما إذا أجرة الدابة والعبد والدرا فأخذ

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جارٍ بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار لأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذا القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كي لا يكون كاذبا وسوق الغنم منزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكرايت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته

وهو أنه باعه بالعبء وبيع بعض قيمته **ومن فروع ذلك** اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالبعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد فان نسب الربح إلى رأس المال فقال بعته بربح العشرة أحد عشر أو بربحه بزيادة فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته إليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال بيلم قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربحه بزيادة فالربح ورأس المال على نقد بيلم الآن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بيته وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بيلم ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وإن كان على عكسه واشترى بيلم بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك وأعلم أن المعنبر في المراجعة ما وقع العقد الأول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا بقيته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعده قد أخبر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام) برأ أو بحرا (لأن العرف جارٍ بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والأصل أن كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه) من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان إلى مكان (يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الأماكن) قال في الإيضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يتم المواضع كلها (و) إذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) لا يجوز أن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرأنا أو علما أو شعرا (لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا لزيادة في المالية ولا ينجي ما فيه إذا لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسيته إلى التعليم كالاتماع نسبته إلى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نبي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغنم والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبقار لأنه نادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لأن الأجرة على الشراء لا تصح إلا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل إن كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم عن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب لأن بيعه ودفعه شيء متسول منها كالألبان وأصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما إذا أجرة الدابة والعبد والدرا فأخذ

(فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما بالبيئة أو باقرار البائع أو بشكوله عن البين (فهو بالخيار عند أي حنيفة ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيها) أي في المراجعة والتولية (وقال محمد يخير فيها) لمحمد أن الاعتبار (٢٥٦) للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم إلا بالتسمية وإذا كان الاعتبار لها

فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أي حنيفة رجه الله ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رجه الله يحط فيها وقال محمد رجه الله يخير فيها) لمحمد رجه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية للمراجعة ترويج وترغب فيكون وصفهما رغو بافيه كوصف السلامة فيخبر بقواته ولا ييوسف رجه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومراجعة ولهذا ينبغي بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعثك مراجلة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غيرانه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح ولا يي حنيفة رجه الله انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير النصف فتعين الحط وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجلة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالخيار فلو هلك قبل ان يرد أو حدث فيه ما يمنع الفسخ لم يرد به جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

أجرته فانه يراجح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا داجاجة أصاب من بيضها يحسب بمائته وبما انفق ويضم الباقي وتضم أجرة التخصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيأ منها وكذا لو طوقع متطوع عم هذه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما باقرار البائع أو بالبيئة أو بشكوله عن البين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة منافض فلا يتصور بيينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع (فهو بالخيار عند أي حنيفة رجه الله ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه) وان اطلع عليها في التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيها) أي في المراجعة والتولية وهو قول الشافعي (وقال محمد يخير فيها) وهو قول الشافعي رجه الله تعالى (لمحمد أن الاعتبار فيه ليس الا للتسمية) لان الثمن به يصير معلوما وبه يعقد البيع ولا خيار بانه الثمن الاول فيه لا يتعلق بالعقد بانه ثمن (ترويج وترغب فيكون وصفهما رغو بافيه) كوصف الكتابة والخياطة (فبنواته) يظهر أن الثمن ليس ذلك (يخبر ولا ييوسف أن الاصل فيه) أي في عقد المراجعة والتولية (كونه تولية ومراجعة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فينطبق به العقد باعتبار أنه تولية ومراجعة عليه (وذلك بالحط غيرانه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المراجعة بحطه منه ومن الربح) على نسبته حتى لو راجح في ثوب على عشرة بخمسة فقطهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولا يي حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (أنه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقد انما يتعلق باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع آخر بمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الاخر (و) أما (في المراجعة لو لم يحط) لا يخرج عن كونها مراجلة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما طنه المشتري (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يخير لما ذكره من قوت الوصف المرغوب فيه (فلو هلك) المبيع (قبل أن يرد) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ) لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

أن لا تبقى تولية لثلاثة تغير التصرف فيتعين الحط وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجلة كما كانت من غير تغير التصرف لكن يتفاوت الربح فيخبر بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل أن يرد أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المراجعة فن قال بالحط كان له الحط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

يتعلق العقد بالتسمية (والتولية والمراجعة ترغب وترويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخير (ولا ييوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مراجلة وتولية) لا التسمية ولهذا القول وليتك بالثمن الاول أو بعثك مراجلة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فيبقى ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط بالخيانة في النصليين جميعا غيرانه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر أن الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهما فيأخذ الثوب باثني عشر درهما (ولا يي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز

وقيد بالوابات الظاهرة
احترازا عما روى عن محمد
في غير رواية الاصول انه
يفسخ البيع على القيمة ان
كانت أقل من الثمن دفعا
للضرر عن المشتري قال
(ومن اشترى ثوبا فباعه
ربح) الكلام في وضع هذه
المسئلة وصورتها ظاهر
وانما الكلام في دليلها (قالا

كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابل عند عجزه
 قال (ومن اشترى ثوبا بابعاعه برمح ثم اشتراه فان باعه من اجمحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان
 استغرق الثمن لم يبعه من اجمحة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يبعه من اجمحة على الثمن الاخير)
 صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه من اجمحة بخمسة ويقول
 قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين من اجمحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه من اجمحة أصلا
 وعندهما يبيعه من اجمحة على العشرة في الفصيلين لهما ان العقد الثاني عقد مقدم متقطع الاحكام عن
 الاول فيجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث ولا يبي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الرجوع بالعقد
 الثاني ثابتة لانه بنا كدبه بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع
 المراجعة احتياطاً

العقد الثاني عقد محدد
منقطع الاحكام عن الاول
وهو ظاهر وكل ما هو كذلك
يجوز بناء المراجعة عليه كما
اذا تخلف ثالث بان اشترى
من مشتري مشتريه (وقال
ابو حنيفة شبهة حصول
ريح) الحاصل بالعقد الاول
ثابتة (بالعقد الثاني لانه
كان على شرف السقوط)
بان يرد عليه بغير فاذا
اشتراه من المشتري تأكد
ما كان على شرف السقوط
ولنا كما في بعض المواضع
حكم الايجاب كالو شهودا
على رجل بالطلاق قبل
الدخول ثم رجعا وضمنوا
نصف المهر لنا كما ما كان
على شرف السقوط واذا
كانت شبهة الحصول ثابتة
صار كأنه اشترى بالعقد
الثاني ثوبا وخسة ذراهم
عشرة فالخسة بازا اما الخمسة
والثوب بخمسة فيبيعه
مراجعة على خسة احترازا
شبهة الخيانة فانها كحقيقتها
خسافا في بيع المراجعة

كخيار الرقبة والشرط) وفيه ما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد
 (بخلاف خيار العيب) لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه)
 وأما على قول أبي يوسف فلو هلك المبيع أو انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن
 محمد من غير رواية الاصول أنه بفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن
 المشتري بناء على أصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفع الضرر عن المشتري
 ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه) من الذي باعه منه بمثل ما باعه
 (فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان) الربح (استغرق الثمن لم يبعه مرابحة) الا ان
 يبين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير)
 وهو قول الشافعي ومالك رحمهم الله (صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة)
 من باعه منه بعد التقابض فانه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراها من باعه الخمسة التي ربحها (فيبيعه
 مرابحة) على خمسة (ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه) من
 باعه منه (بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا) الا ان يبين فيقول هذا كذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم
 اشترى به بعشرة وأنا أبيع به بربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مرابحة على) الثمن الاخير
 وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيان (لهما ان العقد الثاني) وان كان من كان باعه منه فهو (عقد
 متجدد منقطع الاحكام عن الاول) ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل
 فيه ما قبله مرابحة أو وضعية ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة
 على الثمن الاخير ولا يعتبر ما كان قبله والالم تجز المرابحة أصلا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك
 غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كما لو تخلل ثالث) بأن
 اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشرين (ولا ي حنيفة أن شبه حصول الربح بالعقد
 الثاني ثابتة لانه يئنا كدبه) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الربح (بأن يظهر)
 المشتري (على عيب) فيرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه منه تأكد أي تقرر ملكه لذلك الربح ولذا كبد
 في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعا يضمنون نصف المهر
 لتأكد ههما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكد بصير
 البائع في مسئلتهما مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فمكون الخمسة بازاء
 الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لان الشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة

ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرا بجهة على العشرة لأن الصلح منبأه على التجوز والحطية ولو وجد الصلح حقيقة ما جاز البيع مرا بجهة فكذلك إذا تمكنت الشبهة وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه يصير في الشراء (٣٥٨) الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطية فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخمّل ثالث لأن التأكيّد حصل بغيره قال (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرا بجهة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشترى فباعه من العبد) لأن في هذا العقد شبهة العدم يجوز معه المنافي فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشترى للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطية) لأن الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرا بجهة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لأنه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض أجيب بأن التأكيّد انما حصل به شبهة الإيجاب احترازا عن الحيانة وذلك يتحقق بالنسبة إلى العباد بالنسبة إلى الشرع وشرعية المراجعة بمعنى راجع إلى العباد لا إلى الشرع ولهذا إذا رضى المشتري به وقد علم بجوز ولو كان لحق الشرع لم يجوز بتراضيهما كما في الربا بوضاياه وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشترى بعشرة فانه يبيعه مرا بجهة بعشرة وأجيب بأنه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وإن كان يتأكّد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا تنبت هذه الوكالة إلا في عقد يجري فيه الربا وأيضا ليس فيه معنى يزاد في الثمن بخلاف ما إذا باعه بثمن حال مرا بجهة بعدما اشترى بذلك الثمن مؤجلا لانه معنى يزاد في الثمن وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشترى بعشرة فانه يبيعه مرا بجهة على عشرة لانه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراجعة ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرا بجهة على حصتها من الثمن لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك (وبخلاف ما لو تخمّل ثالث) لتأكيّد الربح بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطالان به فلم يستفد المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيّد الربح وهنا بخلافه (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه) أي المولى (يبيعه مرا بجهة على عشرة وكذلك إذا كان المولى اشترى) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرا بجهة على عشرة (لأن في هذا العقد) أعني الذي جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحا لا فادنه ما لم يكن من كسب العبد في كسبه وبسبب المولى من كسبه ما لم يكن سالما (فله شبهة العدم) لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يستبقى ما في يده لنفسه ويقضى دينه من عنده وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر أنه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له ولولا الدين (فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار لا عقد الأول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كأن العبد اشترى بعشرة لأجل المولى في الفصل الأول) وهو ما إذا اشترى العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) لأجل (المولى في الفصل الثاني) وهو

الثوب بلا عوض وأجيب بأن التأكيّد كيد له شبهة الإيجاب في حق العباد احترازا عن الحيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعيته جواز المراجعة بمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيّد في المراجعة وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا لحق الشرع فلا يكون لأن كيد فيه شبهة الإيجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما إذا تخمّل ثالث لأن التأكيّد حصل بغيره ولم يستفد ربح الأول بالشراء الثاني فانتفتت الشبهة قال (وإذا اشترى العبد المأذون) وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة) والحال أنه مدبون دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرا بجهة على عشرة وكذا ان كان المولى اشترى وباعه من العبد لأن في هذا العقد) أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو يتعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد

ملك للمولى ولهذا كان له أن يقضى الدين ويتفرد بكسبه فصار كالبياع من نفسه فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الحيانة وإذا عديم البيع الثاني لا يبيعه مرا بجهة على الثمن المذكور فيه

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما يقيد بالدين المحيط برقبته لانه لم يكن على العبد من مولاة شيأ لم يصح لانه لا يبيد
للولي شيأ لم يكن له قبل البيع لاملأ الرقبة ولا مملأ التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد
وقاضيان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيد لما ذكرنا قال (وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع
المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال (٣٥٩) بخمسة عشر فانه يبيعه مراهجة

بائني عشر ونصف) لان
مبني هذا البيع على
الاحتراز عن الحيانة وشبهها
وفي بيعه مراهجة على خمسة
عشر شبهة خيانة (لان هذا
البيع) أي بيع الثوب من
رب المال وان حكم بجوازه
عندنا عند عدم الريح خلافا
لزفر فيه شبهة العدم
وجه قول زفر ان البيع
مبادلة المال بالمال وهو
انما يتحقق بعال غيره لا بعمال
نفسه فلا يكون البيع
موجوداً ووجه الجواز
عندنا اشتماله على الفائدة
فان فيه استفادة ولاية
التصرف لان التسليم الى
المضارب انقطعت ولا يقرب
المال عن ماله في التصرف
فيه فبالشراء من المضارب
يحصل له ولاية التصرف
وهو مقصود واذ كان
مشتبهاً على الفائدة ينقصد
لان الانعقاد يتبع الفائدة
الآتية انه اذا جع بين عبده
وعبد غيره فاشترى مراهمة
واحدة جاز البيع فيهما
ودخل عبده في عبده
لفائدة انفس المثلن وأمان
فيه شبهة العدم فلما ذكرنا
من تقليل زفر وقد استوضحه

فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب
المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراهجة بائني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند
عدم الريح خلافاً لفرجه الله مع انه اشترى ماله بماله لمافيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود
والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه

ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان
المأذون مذكراً السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدم ما في حكم المراهجة يفيد انه انما اعتبر عدم المراهجة
لان يكونه معدوماً من وجه وسببه ان المراهجة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمساهجة جارية بين
السيد وعبده ومكاتبه فيتم بانه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى
شيأ من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هو لأمته لا يبيع واحد منهم مراهجة الاعلى الثمن الذي قام على
البائع الا أنهم اختلفوا في هذه فقالا يبيعه مراهجة على ما اشتراه من هو لأمته لتباين الاملاك والحقوق فكفا
كالاخوين وأبو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه لا آخر من وجه وله هذا لاقبل شهادة
أحدهم لا آخر ونجوز المسألة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديوناً
بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة والشافعي في تقرير هذه
المسئلة منهم من ذكره كقاضيان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالأصدر الشهيد فقال عبد ماذون عليه
دين محيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلاً كشمس الأئمة في المبسوط فقال اذا اشترى
من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يربح
الاعلى الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه أجني من كسبه فلان لا يربح الاعلى فيما اذا
لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا ينفذ العقد الثاني أصلاً انما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه وانما
فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من
شريكة سبعة ان كانت ليست من شركته ما يربح على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركته ما فانه
يبيع نصيب شريكه على ضمانته في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانته في الشراء الاول فخوان
تكون السبعة اشترى بثلث من شركتهما فاشترى أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فانه يبيعها
مراهجة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة
فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم
بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراهجة بائني عشر ونصف
لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الريح خلافاً لفرجه الله مع انه اشترى ماله بماله
وهو وجه المنع لفرقنا أجزاء (لمافيه من) فائدة (استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد
ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه
شبهة العدم ألا ترى انه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه)
وذلك يمنع مراهجة منه كالأصغر ببيع الوكيل من موكله ما وكمه بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز

المصنف بقوله ألا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه

(قوله وانما يقيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قيد لما ذكرنا) أقول وانما لم يقيد اذا لم يدخل له في حق حكم المذكور وهو عدم
جواز بيعه مراهجة الاعلى الثمن الاول وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل ثم في قوله والصدر الشهيد بحث وان شئت
فعليك بطل العتابة البيان

وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالعدم في حق نصف الربح لأن ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مراحمة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري) بأفقه سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جاءه أن يبيع مراحمة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابلها الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابلها الثمن ولهذا الوفاة العين قبل التسليم إلى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها ثم وجد بها (٣٦٠) عيباً لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطء

فاعتبر البيع الثاني عدم ما في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مراحمة ولا يبين) لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابلها الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا الوفاة قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن والمستهلك فيما إذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فأما إذا فاقها عينها بنفسه أو فاقها أجنبي فأخذار شهرها لم يبيعها مراحمة حتى يبين) لأنه صار مقصوداً بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز حجب رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وإن لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني عدم ما في نصف الربح) الذي هو حصة رب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيع عليه على أقل الثمن للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجنبي فلا يتم فيه ولو اشترى بأسلعة فاقنسمها فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مراحمة على حصة من الثمن إن كانت القسمة استيفاءً محضاً كالكيلى والوزنى والعددي المتقارب جاز يبيعه مراحمة وإن كانت مبادلة كالأشياء المتفاوتة لم يجوز بيعه مراحمة لابتدائه على التقويم وهو ممنوع في المراحمة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أحد بل بأفقه سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مراحمة ولا يبين) أنه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لأن الأوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لأنها تابعة ما لم تكن مقصودة بالاتلاف (ولهذا الوفاة قبل التسليم) إلى المشتري بعد العقد لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الأول وهو ما إذا عورت الجارية (أنه لا يبيع) مراحمة (من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي) وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله (وأما إذا فاقها عينها بنفسه أو فاقها أجنبي) بأمر المشتري أو بغير أمره (فأخذار شهرها لم يبيعها مراحمة حتى يبين) والتقديم يفيق المشتري والأجنبي احترازاً عما لو فاقها عينها بنفسها فإنه كما بالأفقه السماوية لأنه هدر فلا يكون المشتري حاسباً وأخذ الأرض ليس بقيد بل إذا عورها الأجنبي لا يربح إلا البيان لتحقيق وجوب الضمان والفرق لنا (أنه صار مقصوداً بالاتلاف) فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن) وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها

بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها فإما أن يردّها مع العقر أو بدونه لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما ردد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع وبسبب الوطء للمشتري مجاناً والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الأول) أي في صورة الأعور (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن الأوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان النعيب بأفقه سماوية أو بصنع العبد (وأما إذا فاقها) راجع إلى أول المسئلة وفي بعض

النسخ قلنا فيكون جواباً لقول أبي يوسف والشافعي رحمه الله يعني إذا فاقها المشتري عينها (بنفسه أو فاقها أجنبي) سواء (و) من كان بأمر المشتري أو بغيره وجب البيان عند البيع مراحمة لأنه صار مقصوداً بالاتلاف أما إذا كان بأمر المشتري فلا يبيع كفعل المشتري بنفسه وأما إذا كان بغير أمره فلا يبيعه جنايةً توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حاسباً بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المراحمة بدون البيان وعبرة المصنف تدل بالتخصيص على أخذار شهرها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كأن ذكر الأرض وقع اتفاقاً لأنه لما فاق الأجنبي وجب عليه ضمان الأرض ووجوب ضمان الأرض سبب لاخذ الأرض فأخذ حكره ثم قال والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الأرض وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا إن وطئها وهي بكر) لا يبيعه مراحمة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار يبيعه مراهجة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطبه لا يبيعه مراهجة حتى يبين) والمعنى ما بيناه

(و) من هذا (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) أو طعاما فتغير (يبيعه مراهجة من غير بيان) وقرض بالقاف وذ كر أبو اليسر بالفاء (ولو تكسر) الثوب (بطبه ونشره) لزمه البيان لأنه بفعله قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود وبه نأخذ واختياره هذا حسن لأن مبنى المراهجة على عدم الحيانة وعدم ذكرها إنما انتقصت إيهام المشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صححه لم يأخذها معيبة إلا بحطية وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المراهجة اعتماد الغبي أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لظنه أنه قيمتها وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كي لا يغبن وأنه لو علمه لم يرض فكان سكوتة تقرير له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد بن ذلك إذا نقصه العيب شيئا سيرا فإن نقصه قدر لا يتغبن فيه لا يبيعه مراهجة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كالتغير السهم بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه وكذا الواصفة الثوب بطول مكنته أو توسخ الزام قوى واستشكل على قوله الفائن وصف لا يقابله شيء من الثمن المشتري بأجل فإن الأجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مراهجة بلا بيان أجيب بأن الأجل يعطى لأجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابله شيء من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وإن كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لا اعتبار المشتري بالوطء حابس جزأ من المبيع عنده وأجيب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكر بل لأنه لو ردها فاما مع العقر احتراز عن الوطء مجانا أو من غير عقر لا وجه له إلى الأول لعدم الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لأنه لا يرد على الزيادة ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملكه ويسلم المشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد ووطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لأنها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في ضرورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء واجب بانلاف العين كالولد والارث والعقر فكذلك الوطء (فروع) لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيئا راجع بلا بيان لأن الغلة ليست متولدة من العين إنما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المراهجة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها فإنه إذا راجح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على بكذا وتقدم أنه إذا أنفق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمنه في غير السرف ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر التخليل يبيع الأصل مع الزيادة مراهجة لأنه لم يجبس شيئا من المعقود عليه ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الأصل مراهجة حتى يبين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا إذا استهلك الابن والسمن فإنه لا يراجح الابن وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مراهجة أو تولية أو وصية فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لأن المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهما في العبد سواء بخلاف تلك العقود فإن الثمن فيها مبني على الأول ولو حط البائع الأول من الثمن بعد ما باعته المشتري مراهجة فإنه يحط بذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولا يحط بذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء وأصله أن الحط يلحق بأصل العقد عندنا وعنده لأجل هو هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد علق فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المراهجة والتولية فإن له أن يراجح على

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) بالالفاء
قرض الثوب بالمقراض
إذا قطعه ونصر أبو اليسر
على أنه بالفاء (أو حرق نار) جاز
أن يبيعه مراهجة من غير
بيان لأن الأوصاف تابعة
لا يقابلها الثمن (ولو تكسر)
الثوب (بنشره وطبه لا يبيعه
مراهجة) بلا بيان لأنه صار
مقصودا بالانلاف وقوله
(والمعنى ما بيناه) إشارة إلى
هذين الدليلين

بالمبيع) فإنه يراعى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرا بجهة بئنه ما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونفوض بأن الغلام السليم الاعضاء يراعى في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فانت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعور رار العين وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوما عليها أنهم في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن يقول ان أجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدا رفته ثمت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة (٢٦٢) الاعضاء وسيسير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسبة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل) لان للاجل شها بالمبيع الا يرى انه يراعى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرا بجهة بئنه ما والاقدام على المرابحة توجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت بخير كافي العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لان الاجل لا يقابل شي من الثمن قال (فان كان ولاد اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه وعن أبي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسأيتك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بئنه حال وبئنه مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجى معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالشرط وقيل لا يبيعه ولا يبيعه لان الثمن حال

كل الثمن وبوليته (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسبة فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشترى نسبة بالالف (فعلم المشتري) بذلك (ذ) له الخيار (ان شاء رده وان شاء قبل) بالالف والمائة حالة وانما يثبت له الخيار (لان للاجل شها بالمبيع الا يرى انه يراعى في الثمن لاجله والشبهة ملحقه بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين) بالالف (وباع أحدهما) بهما على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان أحد الشئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقه بالحقيقة في المرابحة (فاذا ظهرت بخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا راد لأجل الأجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلك (لزمه بألف ومائة حالة لان الأجل لا يقابل شي) حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأى وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاد اياه ولم يبين) أنه اشترى الى أجل فعلم المشتري قبل الهلاك يعني يثبت له خيار الرد وقبوله بالالف حالة ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الاجل لا يقابل شي من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله (في) (مسألة استوفى) صاحب الدين من دائته (مكان) الدين (الجياد يوفى) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أنفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزئوف ويسترد الجياد (وسأيتك) ان شاء الله تعالى في مسائل منثورة (وقيل يقوم بئنه حال وبئنه مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التحجيم قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالشرط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أو لو فرضنا أنه باعه بلا شرط

ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسأيتك من بعد في مسائل) منثورة اجل قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد انه قال لا يشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله في التحالف مستقيم فانه أقام القيمة مقامه وقيل هو قول أبي جعفر البخني (يقوم بئنه حال وبئنه مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجى) معتاد كعادة بعض البلاديسترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر ما جله أو منجى ما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالشرط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال

(قوله وسيسير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل الخ) أقول في الإشارة خفاء

قال (ومن ولي ربح الاشياء بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد) بلهالة الثمن (فان أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كافي خيار الرؤية

أجل فلم يتقدمه الى شهر مطلقا فلا شك انه يبيعه مرابحة بالالف (قوله ومن ولي ربح الاشياء بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد بلهالة الثمن فان أعلمه البائع يعني في المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان في صلب العقد لكنه (لم يتقرر) لانه يقرر بعضى المجلس وهذا بين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية العصة وهو الصحيح خلافا لما روى عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا لمتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان أى بيان قدر الثمن (كتأخير القبول الى آخر المجلس) فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا ليكون سكوته عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفا الى آخره فان تبين فيه اتصال بالايجاب الذى سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا (وانما يتخير) بعد العلم في المجلس (لان الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كافي خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير (فروع) اشترى ثوبا ليس له أن يراج على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذراعائه ولوراج على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه عنه جاز ولو اشترى نصف عبدة ثمة اشترى النصف الاخر بمائتين فله أن يبيع أى النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يراج على الثمن كله ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يراج الا على ما بقى ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهاك كان له أن يراج على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياذ ونقدته زيوفا فتجوز به البائع فله أن يراج على عشرة جياذ ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد يبيع أو خيارا أو اقاله له أن يراج على الثمن الذى كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بعير أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لانه ما عاد الى الملك المستند بالشراء الاول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذى اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا ينفع من البيع مرابحة كالمالك فيه خيار شرط أو رؤية وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بعين فاحش أو بدله على انسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالغين فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يباع عنه له جاز أن يراج عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه أنه اذا علم أنه ثمنه وجب أن يراج عليه لان منع المراجعة ما كان الالتزام الخطيطة فاذ اتين انتفاء ما ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى رزمة ثياب فاقتسمها ليس لاحدهما أن يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشترى بامكية لاجنسا واحدا فاقتسمها حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحدا فقومها ثوبا باليس له أن يبيع ثوباهما مرابحة على ما قوم الا ما قدمنا من أنه يقول قيمة هذا ألف أو قوم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم بازيد من ثمنه أموالا سلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له

قال (ومن ولي ربح الاشياء بما قام عليه الخ) اذا قال وليك هذا بما قام على يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبيغ والقتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه (فالبيع فاسد بلهالة الثمن فان أعلمه البائع في المجلس) صح البيع ويتخير المشتري (ان شاء أخذه وان شاء تركه) أما العصة فلا لان الفساد لم يتقرر بعد فلو كان فسادا يحتمل العصة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فسادا بعد منه فيه وأما خيار المشتري فلا يخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدر الثمن كالا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالخفى به

فصل وجه إيراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تقيد ما يقيد زائد على البيع المجرى عن الاوصاف كالمراجعة والتولية قال (ومن اشترى شيئاً مما ينقل) نقلاً حسياً (و) هو المراد بقوله (ينقل) فسر بذلك ثلاثيهم انه احتراز عن المدبر (لم يحجزه) أن يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض) وهو باطلاقة جهة على مالك رجه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تنسك له بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم (٢٦٤) طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام

يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل شيء من الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مراداً وكان ذلك معسروفاً بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسنداً الى ابن عمر رضي الله عنهما انه قال ابتعت زيتاً في السوق فلما استوفيته لقيت رجلاً فاعطاني به ربما حسناً فاردت أن أضرب على يده فاخذ رجلاً من خافي يذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتياع السلع حيث يتباع حتى تحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يحجزه التصرف ليقع على الانفاق فان الهبة والصدقة جائزتان عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في البيع قبل القبض اذا سلطه على

فصل ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يحجزه يبيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض

ذلك وان كان مثلياً وهو جنس واحد كطعام أو كل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف أعنى الذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبار ما رواه وعلى هذا ينبغي أن لا يراجع في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثياباً بصفة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد من ارجحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يراجع حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضعية دة يارده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزءاً فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجدة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جزءه الثمن تسعة وجزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم

فصل (قوله) ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يحجزه يبيعه حتى يقبضه انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتسكون اتفاقية فان محمد لا يحجز الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالني في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه أخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قدرناه ابن عباس أيضاً قال وأحسب كل شيء من الطعام أن يخرج منه أئة الكتب الستة وعرضه قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق عن ابن عمر قال ابتعت زيتاً في السوق فلما استوفيته لقيت رجلاً فاعطاني فيه ربما حسناً فاردت أن أضرب على يده فاخذ رجلاً من خلقي يذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يتباع السلع حيث يتباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وصححه وقال في التنقيح سننه جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث وأخرج النسائي أيضاً في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عتبة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعهها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبعه من شيئاً حتى يقبضه ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ايمن بينهما ابن عتبة والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عتبة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عتبة ضعيف جداً في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عتبة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف بن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحيح أن بينهما ما عبد الله ابن عتبة الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد اشبهه عليهما عبد الله بن عتبة هذا بالنسبي أو غيره من يسمى عبد الله بن عتبة

قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع أسرع نفاذاً من الهبة بدليل ان الشبوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه غلب العین ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى

فصل ومن اشترى شيئاً مما ينقل (قوله) احتراز عن المدبر (قوله) فانه لا ينقل نقلاً شريعياً (قوله) فان تخصيص الطعام يدل على أن الحكم الخ) أقول فيه أن التخصيص ينافي في كون المفهوم جهة ولو سلم فلا يعارض المنطوق (قوله) معروفاً بين الصحابة (قوله) فيه تأمل

(قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول وتقريره في البيع قبل القبض (٣٦٥) غرر انفساخ العقد الاول على تقدير

هلاك المبيع في يد البائع
والغرر غير جائز لانه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الغرر
والغرر ما طوى عنك علمه وقد
تقدم واعترض بأن غرر
الانفساخ بعد القبض ايضا
متوهم على تقدير ظهور
الاستحقاق وليس عانع ولا يدفع
بأن عدم ظهور الاستحقاق
أصل لان عدم الهلاك كذلك
فاستويا وأجيب بأن عدم
جوازه قبل القبض ثبت
بالنص على خلاف القياس
لثبوت الملك المطلق لا تصرف
المطلق بقوله تعالى وأحل الله
البيع وليس ما بعد القبض في
معناه لان فيه غرر انفساخ
بالهلاك والاستحقاق وفيما
بعد القبض غرره بالاستحقاق
خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع
العقار قبل القبض عند أبي
حنيفة وأبي يوسف وقال
محمد لا يجوز رجوعا الى
اطلاق الحديث واعتبارا
بالمعقول بجامع عدم القبض
فيهما وصار كالأجارة فانها
في العقار لا يجوز قبل القبض
والجامع اشتمالهما على
رجح مالم يضمن فان المقصود
من البيع الرجوع ورجح مالم
يضمن منهى عنه شرعا
والنهي يقتضي الفساد
فيكون البيع فاسدا قبل
القبض لانه لم يدخل في
ضمانه كافي الأجارة

(قوله وأجيب بأن عدم جواز
الخ) أقول الاعتراض كان

ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول وتقريره في البيع قبل القبض (٣٦٥) غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمعقول وصار كالأجارة

انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير
العقار لا بي حنيفة يذكر هناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم عمل الحديث (لان فيه غرر انفساخ
العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيقتين حينئذانه باع ملك الغير بغير إذنه
وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه
والدليل على اعتبار هذا المعنى أن أريانا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائزا فلا
يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبديل الخلع للزوج والعنق على مال وبديل الصلح عن دم
العد قبل القبض جائز اذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلناه هذا وقد اختلفوا بالبيع
غيره فلا يجوز أجارته ولا هبته ولا تصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من
غير بائعه فلا يجوز شي من ذلك واذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الأجرة قبل
قبضها اذا كانت عيناً أو في فصار الاصل أن كل عقد ينفسخ به هلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف
في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والأجرة اذا كانت عيناً في الأجارة وبديل الصلح عن الدين
اذا كان عيناً لا يجوز بيع شيء من ذلك ولان شرك فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ به هلاك
العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عيناً وبديل الخلع والعنق على مال وبديل الصلح
عن دم العد كل ذلك اذا كان عيناً يجوز بيعه وهبته وأجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول
أبي يوسف ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث
ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة
والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام
هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والأجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبة
الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذا لم مانع فانه يكون نائباً عنه ثم يصير قابضاً لنفسه
كالوفاطم عن كفارتي جاز ويكون الفقه نائباً عنه في القبض ثم قابضاً لنفسه بخلاف البيع
وأبو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوخ فيما يحتج من القسمة يمنع تمام الهبة
دون البيع وأيضاً هذه التصرفات تنبئ على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان فاصراً في حق اطلاق
التصرف وأما عتق عن كفارتي فانه طلب التملك لا تصرف مبنى على الملك القائم فان قبل لواعتراف الغرر
امتنع بعد القبض أيضاً لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب أنه أضغف لان ما يتحقق به بعد القبض
يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك أيضاً فكان أكثر مظاناً قبل القبض ولان اعتباره بعده يستدباب
البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازاً عن الأجارة فان
قبل هذا النهي باعتبار امر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالمبيع وقت النداء أجيب بأن الغرر في
المبيع لا مجاور له فانه باعتبارانه مملوكاً أو غير مملوك لا يشتري على تقدير الهلاك وأورد على التائيران بعد
تسليم أن البيع ينفسخ به هلاك المبيع قبل القبض أي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه طهران
البيع الثاني لم يصح فيترادان ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله ويجوز
بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد لا يجوز)
وهو قول أبي يوسف الاول وقول الشافعي (رجوعا الى اطلاق الحديث) بعنى عموميه وهو ما في

(٣٦ - فتح القدير خامس) متوجهاً على الدليل المعقول لاعلى الاستدلال بالحديث فلا يستقيم هذا الجواب
(قوله فلم يلحق به) أقول أي بطريق الدلالة (قوله رجوعا الى اطلاق الحديث) أقول أي عموميه

(وله ما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغا عاقلا غير محجور عليه (في محله) لانه محل مملوك له وذلك يقتضى الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب وأجيب بأنه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري حينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عاده الرد والاولى أن يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر النسخ وإذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهى عنه متنفذا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار بخاز بيعه قبل القبض فلا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعتراض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لاجتماعه على جواز التصرف في الثمن والصدق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان (٢٦٦) المراد بالحديث النهى عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام

وله ما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به لا بدلائل الجواز

حديث حكيم بن قولة صلى الله عليه وسلم لا تبعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعني قوله نهى عن بيع السبع حتى يحوزها التجار الى رحالهم والنهى عن بيع مالم يقبض ولو باع العقار بربح يلزم ربح مالم يقبض وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع اغناهم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملاك انما بدأ كدبتا كذا السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (وله ما) أى لابي حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المثير للنهى وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادر) والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع عذرا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدله (معلول به) أى بغير الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه يظهر فساد قولهم اننا كذا الملك بتأ كذا السبب وذلك بالقبض لان العتق في استعداء مالك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (وانما قلنا) التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لم الزوج قيمته ولم ينسخ النكاح وأوردناه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدى الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا أخذ

اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض سلمنا انه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصا ما لنا صلاحته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغير الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذا الشئ لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا فرديا واعلم اني اذكر لك ما نسخ لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يدفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى

وأحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام الخصوص يجوز تخصيصه الشفع بخبر الواحد وهو ما روى أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يخلو إما أن يكون معلولا بغير الانفساخ أولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روى في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال اثبت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة وكالم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبطل الخلع ويكون مختصا به قد ينسخ به ملك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

قال المصنف (وله ما ان ركن البيع الخ) أقول اذا استدلل محمد بأنه اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح مالم يقبض وهو منهي فاجابهم ما عنه (قوله ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بأنه) أقول الجيب هو الاتفاق وضمير فانه راجع الى المانع وضمير بأنه في قوله وأجيب بأنه راجع الى الرد (قوله لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة مالم يقبض يتناول العاقرا أيضا والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تأمل اذا لظهر التعارض بينه وبين ما روى مسندا الى الاعرج (قوله وبين أدلة الجواز) أقول اذا كان مخصصا لادلة الجواز فكيف لا يحد التعارض

(قوله والاجارة) جواب عن قياس محمد ضرورة النزاع على الاجارة وتقريره انما الاتصل بمقيساعليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بخلاف وهو الصحيح لان المنافع منزلة المنقول والاجارة تعليق المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكيلة لا يجوز اوموز وناموازنة الخ) اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام اشترى مكيلة وباع مكيلة أو اشترى مجازفة وباع كذلك أو اشترى مكيلة وباع (٣٦٧) مجازفة أو بالعكس من ذلك

ففي الاول لم يجز للشترى من المشتري الاول أن يبيعه حتى يبيع المكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل أن يزيد على الشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التصرّف عنه مجازفة

والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلا كما غير نادى قال (ومن اشترى مكيلة مكيلة أو موز وناموازنة فأكثاله أو أوزنه ثم باعه مكيلة أو موازنة لم يجز للشترى منه أن يبيعه ولأن يأكله حتى يبيع المكيل والوزن) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتتمل أن يزيد على الشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التصرّف عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة

الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان تملكه حينئذ شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بالاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الالتحاق بالاجارة في منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز بخلاف الآن المنافع منزلة المنقول والاجارة تعليق المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى وإذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تيممه بأن يذكرها ما عجز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير انما أبدوا ذوات القيم مبيعة أبدوا المثلثات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالثمن مبيعة أو بالاعيان وهي معينة ثمن أو غير معينة فبيعة كمن قال اشترت كرامن الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقبل المثلثات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولودخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاعيان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالها في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرا الالتحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم قال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبى لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبى (قوله ومن اشترى مكيلة مكيلة أو موز وناموازنة) أى اشتراها على كذا كيلة أو رطلا (فاكتاله أو أوزنه) لنفسه (ثم باعه مكيلة أو موازنة) في الموزون (لم يجز للشترى منه أن يبيعه حتى يبيع المكيل والوزن) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معروفا أسنده عنه ابن ماجه واسحق وابن أبي شيبة وأعل به محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلغه من حديث أبي هريرة وزاد فيه فيكون صاحبه الزيادة وعليه النقصان روى البزار حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا سلم الجرمي حدثنا محمد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال لانعمال يروى عن أبي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان أخران عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق أخبرنا ميمر عن يحيى بن أبي كثير عن عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا بيتا عان التمرو يجعلانه في غرائر

قال المصنف (والاجارة قيل على هذا الاختلاف) أقول قال العلامة الكاكي وفي الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك

التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع وما لا فلا وفي الفوائد الظهيرية وقيل الاجارة لا تجوز بخلاف وهو الصحيح لان المنافع منزلة المنقول والاجارة تعليق المنافع فيمتنع جوازها لذلك وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع منزلة المنقول) في الفصل التاسع عشر من الفصول العبادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرماني أورد عليه اشكالا لانه اذا أجزأ المستأجر قبل القبض يجوز ولو صح ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البرزالي وأنت خير بأن العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الا لثمن فيستظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى وما ذكره تأملا لا شك لا جواب عنه كما هو ظاهري عبارة

قال المصنف (لان الزيادة) واعترض بأن الزيادة لا تنصور في المجازفة وأجيب بأن من الجائز ان يشتري مكيلة لا مكيلة فاكثاله على انه عشرة أفرزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثناعشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التعميل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بأن باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة فقبض فاذا هو زائد على ما ظنه فالزائد لا يشتري ويجوز أن يجعل من باب الغرض ومعناه (٢٦٨) ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت

للمشتري حيث لم يقع العقد مكيلة فهو المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض الحال اذا تعلق به غرض كقوله تعالى ان تدعوهم لا يسعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما يبيع مكيلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا وأما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل انتهى عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعه فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكيلة فلم يتناول ما عداه ورد بأنه دعوى مجردة وأجيب بأن التفصي عن عهدة ذلك بأن يقال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضى جوازهم مطلقا وهو مخصوص بأية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه

لان الزيادة وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

ثم يبعائه بذلك الكيل فنهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبعاه حتى يكمل لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الأئمة اياه فانه قد قال بقولهنا هذا مالك والشافعي وأحمد رضى الله عنهم وحين علله النعمان بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع ادعى ان يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالخوارج يمنع البيع منع الا كل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما والحقوق بالمكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالخزير والبيض اذا اشترى معاددة به قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد ثانيا لا تحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار ووزن احتمال اختلاط المالكين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روى عنهم من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية لا يشتري لم يطعوها فلما اشترى أو باع على انه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بالأذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان انتهى عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل أو الموزون مبيعا فلو كان ثوبا ان اشترى بهذا البر على انه كرقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فلو ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكيلة فيقتضى منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكيلة أما اذا اشترى مجازفة ببيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه فلا يتصور اختلاط المالكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكاف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشترى البائع مكيلة وباعه كذلك أما اذا اشترى مجازفة فانه يحتاج اذا باعه مكيلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوى حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكيلة أو مالو كان ملكه بالارث أو الزراعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على انها كره ثم باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تخليكا بعوض كالشراء لكنه شره صورة عارية حكما لان ما يرد عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تخليكا بلا عوض حكما ولو اشترى مكيلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه الا أنه أكل ثم تركه كما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم أكلها وتقدم انه لا يحل أكل ما اشتراه فاسدا وهذا يعني ان ليس كل ما لا يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه

ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الاتعمين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلة اشارة الى انه لو ملكه كهيئة لوارث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمننا كما سيأتي وحكم ببيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة اذا الذرع وصف في الثوب فلم يكن هنالك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتعلقه به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف

ولامعتبر بكيل البائع وهو المشتري الأول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا يكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم اذا المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتي احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما سياتي في باب السلم ان من أسلم في كثر لم يحل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب المال بقبضه لم يكن قبضا وان امره أن يقبضه لم يقبضه لنفسه فأكاله له ثم أكاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضى أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا (٣٦٩) بشرط الكيل لما ان الاكتفاء

بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل وأما اذا وجد العقد بشرط الكيل فلا اكتفاء بالكيل الواحد فيه ما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبائع هو البائع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايله وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفتين غير منظور اليه فكان انه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين

ولامعتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما تبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدافه هو كالمذروع فيما روى عنها لانه ليس بمال آرايا وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تفحل له الزيادة على المشروط قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز)

أكل حراما (قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وان كان) كاله لنفسه (بحضرة المشتري) عن شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا يكيله بعد البيع) الثاني (بغية المشتري) وغية وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به للتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن ساه فان في ذلك بشرط صاعان صاعا للسلم اليه وصاعا لرب السلم فيكيله للسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغية لا انتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوزو يصرح بنفيه ما في الجامع في بيع فقير من صبرة اذا كان البائع قف يزامنها بغير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في فقير مما بقي ولا يقع به الافراز ومن هنا ينشأ فرع وهو مالو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايله قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكاله للمشتري منه أولا لانه لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فيه به بيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله) والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين

فما اذا اجتمعت الصفتان كما في أول المسئلة وما سياتي في باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا اذا نظرنا الى التعديل وهو قوله ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضى أن يكتفى بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحصان لكان ذلك مدفعا جازيا على القوانين لكن لم أظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدافه كالمذروع فيما روى عن أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لانه ليس بمال الربا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنتين فكان كالمذروع وحكمه قد مر أنه لا يحتاج الى إعادة الذرع اذا باع من اربعة وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة وعه وقول الكرخي لانه لا تفحل الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزا على انه ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالموزون في الموزون قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالتفقد أو مما يتعين

كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدها هم أو بكثر من الخطة جاز أن يأخذ بدها شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل في البقيع فأتى خدم مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ (٢٧٠) بالهـ لـ لاك منتف لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود بخلاف المبيع قال

أقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهـ لـ لاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (و يجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الاتصاف بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة غملا أنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلحق بأصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن أخراجه فصار برامبتدا

عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطاق وكان القياس ذلك أيضا في المبيع لانه منع بالنص لغرر الانفساخ وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا بنفسه المبيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهـ لـ لاك كالمهر والاحرة وضمنان المتلفات وغيرها واستثناء السلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سماعة بن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالمبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فأنبت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بنو به فسالته فقال اذا أخذت واحدا منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هـذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لانعرفه مرفوعا لا من حديث سماعة لا يضره وان كان شعبية قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه ورفع سماعة وأنا أهابه لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقدم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة انبعاثه لانه لم يكن يقتضي أحد النكدين عن الآخر مستمر من غير ان يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف فنع النسبة فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان لبيت ذلك التصرف فكذا للوارث وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسند كشرط كل منهما (و يتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الزيادة اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل إعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع به اجمع أصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان) أي الزيادة والحط (على اعتبار الاتصاف) بأصل العقد (بل) الزيادة برامبتدا من البائع والمشتري والحط ابراهم من بعض الثمن متى رده يرتد وجهه قولهما ان المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الاول فلو اتفق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان للمزيد عوضا عن ملكه أعني الثمن قلنا انما يكون ما ذكرتم لو اتفقا بالعقد مع عدم تغييره لكننا انما قلنا انهما

الثن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن أخراجه عن ذلك فصار برامبتدا بالزيادة

(قوله لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود) أقول فيكون الدليل أخصر من المدعى قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن أخراجه فصار برامبتدا) أقول قوله وكذا الحط أي لا يلحق بأصل العقد (قوله فلا يمكن أخراجه أي أخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع

ولما ان البائع والمشتري بالخط والزيادة غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر وراجح وعدل والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعديل راجحا والخط يجعل الراجح عدلا والعديل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالافالة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله وصار كما اذا كان لاحد العقدين أو لهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد وإذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لانفسه فالزيادة تقوم بالثمن لانفسها فان قيل لو كان خط البعض صحها لكان خط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض أحاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف خط الكل لانه تبديل بأصله لا تغيير بوصفه لأن عمل الخط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنًا للشرط فيه قيام الثمن وذلك في خط البعض لوجود ما يصلح ثمنًا وأما خط الجميع فتبديل العقد لانه إما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت انه مالم يقصد اذالك أو بصيرته وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود (٢٧١) المانع ولا يلزم من عدم الاتحاق

المانع عدمه لا المانع فيلتحق خط البعض بأصل العقد وعلى اعتبار الاتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الاتحاق في التولية والمراجعة حتى تجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الخط فان البائع اذا خط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لا خير ولينك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الخط فكان الخط بعد العقد ملحقا بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الخط

ولما انهما بالخط والزيادة غيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه راجحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا أسقطا خيارا أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لانفسه بخلاف خط الكل لانه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الاتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الاتحاق في التولية والمراجعة حتى تجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الخط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الخط بالزيادة والخط غير العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه به ذلك المقدار ورأينا الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فنحوه من عدم الزوم الى الزوم بأسقاط الخيار وعكسه بالخاق الخيار وكذا من كونه حالا الى مؤجل بالحق الاجل كما سئذ كرفي تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالافالة وهي تعبدية الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه راجحا الى خاسر أو خاسرا الى راجح والى كونه عدلا وثبت صحة الخط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد القرية فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على خط بعضه أو زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الاتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف مالو خط الكل لانه تبديل لأصله اذ بصير البديل الاخر هبة فيخرج عن كونه عقة عدم معاوضة الى عقد تبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الاتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الاتحاق في التولية والمراجعة فتجوز المراجعة (على الكل) من الاصل والرائد ويجب ان يراجع على المبيع الاول ومازاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية (وبياشر) العقد في المراجعة والتولية (على الباقي) بعد الخط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو اتفقا لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من

(قوله قصار) أي كل واحد من الزيادة والخط قال في الذخيرة وفي المحيط البرهاني في النصل الحادي عشر من كتاب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو خط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم خط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حططت عندك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الأبراء انتهى ووجه الفرق مذكور في الكنايين المذكورين فراجعهم ما قانه مهم في الغاية (قوله واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول الزيادة في الكميات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الاتحاق فيهما اذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء) أقول وعندى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا أو راجحا وعدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ولوصح ما ذكره في اتحاق الخط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فان قيل لو كان خط البعض صحها لكان خط الكل كذلك الخ) أقول يعني بطريق الاتحاق والخط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول والالم يكن بيعا (قوله لانه إما أن يبقى بيعا باطلا) أقول كما سبق في أحكام البيع الفاسد (قوله فيلتحق خط البعض) أقول لا يكفي لثبوت الاتحاق عدم المانع منه بل لابد من مقتضى أيضا ولم يتبين فلا يستقيم التفرع

(قوله وإنما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة منقصة بأصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كالمو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب إنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لأن حقه يتعلق بالعقد الأول وفي الزيادة إبطال له وليس له ما ولاية على إبطال حق الغير بتراضيها (٢٧٣) وهذا كله إذا كان المبيع قائماً وما بعده لا كما فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر

وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكه ثم الزيادة
لا تصح بعده لانه المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشيء
ثبت ثم ليس بتدبج خلاف الحط لانه يمكن اخراج البدل عما يقابل فيلحق بأصل العقد استنادا
قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) لان الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على
من عليه

الاصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ الا بدون الزيادة أو يقال فلم يفرق بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجاب بقوله (وانما كان للشفيع أن يأخذها) في صورة الزيادة (بدون الزيادة) في الزيادة من ابطال حقه الثابت قبلها فان عجز رد العقد الاول تعلق حقه بأخذها بما وقع عليه التراضي الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منها يبطل حقه فلا يشذ تصرفهما لك عليه ثم شرع يزك شرط الزيادة والحط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكا بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو أجر أو رهن ثم باعها من المستأجر والمرتهن أو وطبخ اللحم أو طعن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العسبر أو أسلم مشترى الخرد ميلا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذا العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية فلوزاد بعد موتها لا تصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيقاً وقطع يد المبيع فاخذ المشتري ارضه حيث تثبت الزيادة في كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستنداً فالمتن لا بد أن يثبت أولاً في الحال ثم يستند وثبونه متعذر لانتهاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينزيم بالا جازة اذا كان المبيع هالكا وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روى الحسن في غير رواية الاصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعدهلاكه وفي المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزامها عوضاً وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئاً بمقابلته كالموالات امرأته مع اجنبي أو صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئاً بمقابلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعدهلاك المبيع وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الحط) فانه يصح بعدهلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البديل) أي الثمن (عما يقابله) وحاصله اخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمناً فاما ما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملتصقاً باصل العقد لا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ماسوياً مرجع به فاسقاط عوض المعدم يصح والاعتياض عنه لا يصح (قوله ومن باع بثمن حال ثم أجده أو جلا معلوماً صار مؤجلاً) وهو قول مالك خلافاً للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلاً بالاجل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حال ليس الاوعداً بالتأخير قلنا (الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيراً على من عليه)

قال (ومن باع بئمن حال) ثم أجله بأجل معلوم اذا ما ع شي بئمن حال ثم أجله لا يتخول من أن يكون الاجل معلوماً ومجهولاً وهذا فان كان الاول صحيحاً وصار مؤجلاً وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتأجل كالقرض ولنا ان الثمن حق فجاز أن تنصرف فيه بالتأجيل رفقا عن عليه

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

ولأن التأجيل أثبات برافعة مؤقتة إلى حلول الأجل وهو يملك البراءة المطلقة بالبراءة عن التثنية فلا تملك البراءة المؤقتة أولى وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الجهالة قاحشة أو بسيرة فإن كان الأول كما إذا أجهل إلى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز أن كان الثاني كالخصاد والدياس جاز كال كفالة لأن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع (٣٧٣) الجهالة البسيرة بخلاف البيع

(وقد ذكرناه من قبل) يعني في أوخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال إذا أجهله صاحبه صار مؤجلا) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلا (لما ذكرنا) أنه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لأن القرض في الابتداء صلة واعارة فهو

ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقا فكذلك مؤقتا ولو أجهله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متفاحشة كالخصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال إذا أجهله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (الاقترض) فإن تأجيله لا يصح لأنه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الانتهاء لا يلزم التأجيل فيه كافي الاعارة إذا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبته وهو ربا وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلنا إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطاق البوّه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للوصي والله تعالى أعلم

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتأجيل فإنه يقول لاشك أن له أن يؤخر إتمام الكلام في أنه يلزم التأخير شرعا إذا أخر وقوله (ألا ترى) إلى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط إلى وقت معين فيثبت شرعا السقوط إلى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا (ولو أجهله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومحجى المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وإن كانت) بسيرة (كالخصاد والدياس يجوز) ويلزم كما إذا كفل إليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لأن الأجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسده بل فيما هو دين (وكل دين إذا أجهله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا القرض فإن تأجيله لا يصح ولو شرط الأجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الأجل وعند مالك يصح أيضا لأن القرض صار في ذمته كسائر الديون ولومات المقرض فأجل ورثته صرح فاضحنا بأنه لا يصح كالأجل المقرض وقول صاحب الميسوط ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير قرضا والحيلة في لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدنيه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة أن القرض تبرع (لأنه صلة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الألف بدل أفرضته ونحوه (ولهذا) لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصي والصبي (والمعذرة والمكاتب) (ومعاوضة في الانتهاء) لأنه أعطاه ليأخذ به بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الانتهاء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فإنه لو اعاره المتاع إلى شهر كان له أن يسترده في الحال إذا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح) أيضا (لأنه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بثلاثين دراهم وهو ربا) ولأنه لو لم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات قال تعالى ماعلى المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لم تحقق سبيل عليه ثم لئل المردود حكم العين كما تهرد العين ولو لا هذا الاعتبار كان عليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين وإذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف فلان إلى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لأنه وصية بالتبرع) فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتأجيل فإنه يقول لاشك أن له أن يؤخر إتمام الكلام في أنه يلزم التأخير شرعا إذا أخر وقوله (ألا ترى) إلى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط إلى وقت معين فيثبت شرعا السقوط إلى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا (ولو أجهله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومحجى المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وإن كانت) بسيرة (كالخصاد والدياس يجوز) ويلزم كما إذا كفل إليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لأن الأجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسده بل فيما هو دين (وكل دين إذا أجهله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا القرض فإن تأجيله لا يصح ولو شرط الأجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الأجل وعند مالك يصح أيضا لأن القرض صار في ذمته كسائر الديون ولومات المقرض فأجل ورثته صرح فاضحنا بأنه لا يصح كالأجل المقرض وقول صاحب الميسوط ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير قرضا والحيلة في لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدنيه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة أن القرض تبرع (لأنه صلة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الألف بدل أفرضته ونحوه (ولهذا) لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصي والصبي (والمعذرة والمكاتب) (ومعاوضة في الانتهاء) لأنه أعطاه ليأخذ به بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الانتهاء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فإنه لو اعاره المتاع إلى شهر كان له أن يسترده في الحال إذا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح) أيضا (لأنه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بثلاثين دراهم وهو ربا) ولأنه لو لم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات قال تعالى ماعلى المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لم تحقق سبيل عليه ثم لئل المردود حكم العين كما تهرد العين ولو لا هذا الاعتبار كان عليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين وإذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف فلان إلى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لأنه وصية بالتبرع) فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره

(٣٥ - فتح القدير خامس)

كالوصية بالخدمة والسكنى في كونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها (قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه لئلا يلزم تقديم معمول مافي حيز أن عليه وتصح مافي الكتاب بجعل المذكور تفسيراً للمقدّر قبل أن والله أعلم

ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بستانه لفلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في الفرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله أعلم

باب الربا

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتعوا من فضل الله شرع في بيان أنواع بيع غير الشارح عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بأضعاف مضاعفة فإن النسي يعقب الأمر وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً (٢٧٤) والحرام الذي هو الربا ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئاً في الزهد قال قد صنف

باب الربا

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل

سنة مع أنه لو أعار عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بستانه جاز وإن كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصى ونظره فضلاً من الله ورحمة والرجعة عليه أجازها الشارع وكان القياس أن لا تصح لانها تخليك مضاف إلى حال زوال مالكيته والله تعالى أعلم

باب الربا

هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فناسبته بالمرابحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهيّة والحل هو الأصل في الأشياء فقد قدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه) وفي عدة من النسخ الربا محرم في كل مكيل إلى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تأكلوا الربا إلى الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة أعني بالمعنى المصدرى ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يزداد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزداد في بيع تلك الأموال بجنسها قدر الدس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ولا شك أن في قوله الربا في كل مكيل الأول بغية لفظ محرم لا يرد كل منه ماله لأنه كذب على إسقاط لفظ متفاضلاً أو لافائدة فيه بتقدير اثباته فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة أما على استعمال الربا في حرمة فيه فيكون لفظ الربا مجازاً أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف والربا بمراد به الزيادة مثبتة أو المجزور خبره أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتباً بالغاملاً عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل العتد والذرع وليس من أموال الربا أي

كتاب البيوع ومرتبه بينت فيه ما يحل ويجرم وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المال أي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الأشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون) أي حكم الربا هو - وحرمة الفضل والنسيئة جارية في كل ما يباكل أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أي لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانه يفراده يتناول الآخر

باب الربا

(قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيوع الفاسدة من جهة تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأموراً بالمباشرة يكفي لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السعناقي في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر وذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة قال المصنف (الربا محرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستغرق في كل مكيل قال المصنف (وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المذكور والعدد وليس من أموال الربا انتهى ويمكن أن يقال الألف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن

والاصل فيه الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم وروى بروايتين بالرفع مثل بمثل (٢٧٥) وبالنصب مثلاً بمثل ومعنى الاول

بيع الخنطة حذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وأعرب بأعرابه ومثّل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلاً بمثل والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل يدلل ماروي كذا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما يطلق عليه اسم الخنطة فان بيع حبة من خنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداة بدليل حديث عبادة ابن الصامت جيدها ورديها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ينسب بعضه بعضاً فان قيل تقدير بيعوا بوجب البيع وهو مباح أوجب بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء اذامات وكذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفصل من حيث الكيل

والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال ويرى روايتين بالرفع مثلاً وبالنصب مثلاً ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القافسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه

علة تحريم الزيادة كونه مكياً مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة (والاصل فيه الحديث المشهور) أخرج الستة الا البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلاً بمثل سواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد في زاد أو استزاد فقد أربى وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله قد أربى الا ما اختلفت الزاوية وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمثل وأما رواية مثل بالرفع فهي رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو حنيفة عن عتيبة العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثلاً بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روي في كتاب الصرف بأنه زاد الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثلاً بمثل يدا بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد المخ آخر وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب ما يدا بيد وأما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير بالبر ما يدا بيد وأما النسيئة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزيد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تنضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير (قوله والحكم) يعني حرمة الربا وأوجب التسوية (معلول باجماع القافسين) أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربا يقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلا تنهم يتنون القياس وأما عثمان البتي فلا يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولا أنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشقة كالطعام في قوله لا يبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به وإبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص أما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها ومن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو أيضاً ما تورع عنه قتادة وطاوس قيل فالبحر قوله باجماع القافيين (قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه) يعني التدرج والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء وأما عدم مفر دا يحرم النساء ويحل التفاضل

حرام عندنا وعند فضل ذات أحدهما على الآخر حرام (والحكم معلول باجماع القافيين) احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين أن الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ما ذكرناه) من القدر والجنس

(قوله ومعنى الثاني بيعوا التمر) أقول كان الظاهر بيعوا الخنطة (قوله وكذلك في الموزون الخ) أقول أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزنا بوزن حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره

(وعند الشافعي الطعم في المطاعم والتمنية في الاثمان والجنسية شرط) لعمل العلة عملها حتى لاتعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها اثر في تحريم النساء ولو اسلم هرويا في هروى جاز عنده وعندنا لم يجوز لوجود أحد وصفي العلة وسيأتي (والمساواة مختص) يختص بها عن الحرمة لانه أى الشارع نص على شرطين التقاؤهم والمماثلة لانه قال يد بسد مثلاً يعمل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النصب وفي رواية الرفع بقال معناه على النصب لانه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت (وكل ذلك) أى كل من الشرطين (يشعر بالعزة ٢٧٦) والخطر كالشهادة في النكاح) فاذا كان عزيزاً خطيراً (يعمل بعلة تناسب اظهرها للخطر والعزة

كسبائي (وعند الشافعي الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص) من
الحرمة (وهي) أعنى الحرمة (الاصل) وعندما لا العلة الاقتيات والادخار فكل ما يقتات ويدخره
ربا وما لا فلا لانه صلى الله عليه وسلم خص البر وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهرا فيه فنبه بالبر على
مقتات تم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشارك فيه مع كونه علفا وقوتاً لبعض الناس عند
الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب وبالجم
على أن ما أصلح المقتات من الماء كولات فهو في حكمها فيلحق الا بازيروما في معناها والذهب والفضة
مما لا نبعلة قاصرة عندهم وهي كونها قيم الاشياء وأصول الاثمان وقال الشافعي في القديم العلة الط
مع التكيل أو الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والتمنية في النقيدين ومنهم من يجعلها عينهم
والتعدي الى الفلوس الرائجة وجهه والصحيح أنه لا ربا فيها لان انتفاء التمنية الغالبة وهو قول أحمد في روا
والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء وعلى الجديد يحرم الربا في الماء
وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بغير رواء مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مما
الاشتقاق علة وروى لا يتبعوا الطعام الى آخره فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتص
على قوله لا يتبعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقا فلم تنبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها
الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين والتمر بالتمرين والجوزة بالجوزتين والبيض
بالبيضتين والتعليم بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص اذ يجوز الحفنة بالحفتين وهذا الطريق يف
أنها علة منصوصة ولو أخذنا في استنباط علته أدانا الى هذه العلة أيضا وجهه أنه نص على شرط
التقاض والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح) فوجه
تعليله بعله نوجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك يتعلق بقاء النفوس به والتمنية التي بها يتوصل الى تحص
العروض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولأ
للجنسية) والقدر (في ذلك) أي في اظهار العزة والخطر (فجعلناه شرطا والحكم قديد ورمع الشرط
كالرجم مع الاحصان) ولنا أنه أي النص المشهور (أوجب التماثل شرطا للبيع) وإيجاب المما
(هو المفصود بسوق الحديث) اذ لا بد فيه من اضممار لفظ بيع واهت انتصب مشلا أي بيعواها

التبادل مضيقا للفضل ما فيه الفضل (أو تقييدا للفائدة باتصال التسليم به) أي بالمائل يعني أن في التقديس لكونهما الأشياء لا يتعيان بالتعيين بشرط المماثلة فيضابعد مماثلة كل منهما إلا خلت تقييد فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذا المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لا بيان المماثلة من حيث القبض والاولى أن يقال لو لم يكن أحد العوضين مماثلا لاخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما ناقصا يكون نفعا في حق أحد المتعاقدين وضررا في حق الآخر واذا كان مثلا

(قوله وحيث لا يكون لهما أثر في تحريم النساء) أقول ضمير لهما راجع الى قوله والجنسية شرط الخ

لا أنكر يكون نفعاً في حقهما فمقتضى كون النقص لكونه نفعاً في حقهما جاعلاً لقائل أن يقول هذه الأوجه الثلاثة المذكورة لا تتناول التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتتم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لثلاث تخلف العلة عن المأقول والجواب أن موجباً في الربا هو النص والوجوه المذكورة حكمته لاعتقاده ليعتبر الخلف وإذا ثبت اشتراط المماثلة لم يرد عند فوات حرمة الربا لأن المشتروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل أن يقول إننا نلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل إن لم توجد الوساطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بأنه المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أنتم فليطلب غنة (قوله والمماثلة بين الشيئين) بيان على قدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيئين وذلك لأن المماثلة بين الشيئين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى) فإن كلاماً من ريساوي كلاماً من درمن حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يساويان صورة لا معنى ولقائل أن يقول (٣٧٧) قد بين أن المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعلتها

بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلاً لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداءً وأما بطريق التعبدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين وهو اختصار الامام المحقق فخر الإسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لأن النص أوجب المماثلة في الأشياء السبعة شرطاً فأنتم في غير هاتعدية فكان جائزاً فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطاً وهي بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك فيحقق الربا لأن الباهو الفضل المشتق لاحد المتعاقدين

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيحقق الربا لأن الباهو الفضل المشتق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عارفاً ولأن في اعتباره سبباً للبياعات

الأشياء مثلاً بل وبهذا نبين أن الإباحة في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هي الأصل وقوله لا تبعوا الطعام الحديث إنما ينصرف النهي إلى ما بعد الانحدار وما جاء زيد إلا ربحاً وحاصله الأمر بالتسوية عند بيعها ولا شك أن في إيجاب المماثلة تحققاً لمعنى البيع المنبثق عن التقابل إذ كان عقد معاوضة فاسد تدعى شيئين كما أن المماثلة تستدعي شيئين وكذلك تحقيق معنى المماثلة فان كلاماً من هاهنا مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوي بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليعتبر معنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لأموال الناس عن التوى) فإنه إذا قوبل بنفسه قابل كل جزء كل جزء فإذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تآوياً على مالكه فله قصد صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة بخلاف ما إذا قوبل المال بغير جنسه فإنه لا يتحقق فيه جزء بل ينال بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى إلا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في أحدي الجهتين ثم من تنقسم التماثل المساواة في التقابض فإن الحال مزينة على المؤخر فإيجاب التقابض أيضاً لذلك وبه يظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشيئين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى) فيظهر بذلك الفضل فيحقق الربا لأن الربا هو الفضل المشتق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد وعلمت أن الخلوف في المعاوضة لا يتحقق إلا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في إثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) أما (لأنه لا يعد تفاوتاً عارفاً) وفيه نظر (أولاً) في اعتباره سبباً للبياعات وهو الوجه لأنه قلما يتخلو عوضان من جنس عن تفاوت مما لم يعتبر وقوله

في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عارفاً فان استوت الذاتان صورة ومعنى تساوي المالية والفضل من حيث الجودة ساقت العبرة في المكيالات لأن الناس لا يعدون ذلك الآمن باب اليسير وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تضاف في القيمة في العرف (أولاً) في اعتباره سبباً للبياعات لأن الخطة لا تكون مثلاً للمنطقة من كل وجه والمراد البياعات الربويات لا مطلق البياعات لأن اعتبار الجودة في الربويات ليس سبباً مطلقاً للبياعات

(قوله ولقائل أن يقول إلى قوله لأنها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فإنه إذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تنعيم الفائدة (قوله ولقائل أن يقول إننا نلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول إذا كان مراعاة شرط الحل واجباً على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكره (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فإن الحرام ما ثبت بدليل قطعي والمكره هو الثابت بظني كالقروض والواجب ألا يرى إلى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق (قوله ولقائل أن يقول قد بين أن المماثلة إلى قوله بالقدر والجنس الخ) أقول فيه بحث فإن المعلل هو وجوب المماثلة لأنفسها

(أول قوله صلى الله عليه وسلم جيدهاورد ينها سواء) قال (والطعم والتمنية) جواب عن جعله الطعم والتمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهم يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لانهما كائنا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون النصيب الا ترى ان الحاجة اذا شددت أثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فتكيف تؤثر حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا تكون المساواة محضاً عن الحرمة (واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بخمسة مثلاً بمثل) أى كيلاً بكيل أو وزناً بوزن (جاز البيع) لوجود المقتضى وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروى وان تفاضل لم يجوز لتحقيق الربا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردى والامثلة

أو لقوله عليه الصلاة والسلام جيدهاورد ينها سواء والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون النصيب فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بخمسة مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيل وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن (وان تفاضلاً لم يجوز) لتحقيق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردى ومما فيه الربا الامثلة بمثل) لاهدار التفاوت في الوصف صلى الله عليه وسلم جيدهاورد ينها سواء ان صح ببقده والاف هو مقدم من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعندنا مل هذا الكلام بتبادر ان المتناظرين لم يتوارد على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينو العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهو لاعتينوا العلة بمعنى المعرفة للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه ان يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقنيات الى آخر ما ذكرنا وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتفاضل أظهر من أن يخفى على من له أدنى لب فضل عن فقيه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتهى الحاجة اليه اشتداداً تاماً (والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بأبلغ الوجوه دون النصيب) فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان أن ما كانت الحاجة اليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكل للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحاً مناسباً للحكم على أن يمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطأ بغيره بل التمر وهو غالب ما كوله لا يسمىونه طعاماً ولا يفهمونه من لفظ الطعام الا ترى أن ما يكافى فيما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذ كرو لم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمنى وهو صحيح لولا دليل آخرعه والخافه بالبيع فيه خلل لان البضع مصون شرعاً وعرفاً وعادة عن الابتدال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير منها ما باحق الذهب والفضة وانما يلزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعاً لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتدال والامتنان دفعاً للحوادث الأصلية فالخافه باه غير صحيح الا أنهم لما حصر والمعرف في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجازوا بيع التفاحه بالتفاحتين والحفنة من البر بمحفتين لعدم وجود المعيار للمعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند التلافى لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددى المتقارب أما فيه فكلام غير الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمره لاني حكم الربا لان الجوزة ليست مثلاً للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الآن الناس أهدروا التفاوت وقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبى الآن يأخذ عنهما أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحه بشنيتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقديري في الشرع بما دونة فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل به وهذا اذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجوز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة وفي جمع التفاريق قبل لارواية في الحفنة بغير واللب بالجوزة الصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة بالحفتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في دينارنا من وضع ربع القدر وغن القدر المصرى فلا شك

قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفتين) أى ومما يترتب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقيق الفضل ونحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل فى الحفنة والحفتين فتنتفى المماثلة فينتفى تحقيق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أى ولان الحفنة والحفتين لم تدخل تحت الميعار الشرعى ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لامتثالها لوجوب قيمته أو موزونة لوجب مثلها فان المكيلات (٢٧٩) والموزونات كلها من ذوات

الامتثال دون القيم وعند الشافعى رضى الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطعم وقد رجحت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المساوى وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير فى الشرع بما دونه وأما اذا كان أحد البديلين يبلغ حد نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا فى المبسوط ومن ذلك ما (اذا تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخض والخض فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية قال فاذا عدم الوصفان (اذا ثبت ان علة الحرمة شيان فاما أن يوجد أو بعدم أو يوجد أحدهما دون الآخر

(ويجوز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعى رحمه الله العلة هى الطعم والمخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو فى حكم الحفنة لانه لا تقدير فى الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخض والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الاباحة واذا وجد حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هروى وبافى هروى أو حنطة فى شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية فى الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم فى الكثير فالقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخض والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبغير بيععيرين وجوازه تجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن فلما انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها ووصون المال ظاهرا منضبطا فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروى بهروى وفى الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لاقية له (قوله) واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه (وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروى بهروى بين الى أجل والجوز بالبيض الى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا تحدث العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلى واذا عدم سبب الحرمة (والأصل فى البيع) مطلقا (الاباحة) الا ما أخرجه دليل من اصنافه كان الثابت الحل (واذا وجد) أى الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوى والتقابض (لوجود العلة) المعرفة للحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم ثوبا (هروى وبافى ثوب هروى) فى صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبد بعبد الى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروى بهروى بين حاضر اجاز (أو حنطة فى شعير) فى صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المساوى وكذا حديد فى رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلو س فى خبز وخموة فى زماننا لانهما وزنية (فحرمة ربا الفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما)

فالاول مانع عدم والثانى يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما أشار اليه بقوله (والأصل فيه الاباحة) يعنى اذا كانت أصلا وقد تركزت لوجود العلة التى هى القدر والجنس يظهر عند عدمهما إلا أن العدم يثبت شيئا فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هروى وبافى هروى أو حنطة فى شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما) حتى لو باع عبد بعبد الى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز

(وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالخدي والرصاص ويمكن أن يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد وجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسبة وكذا بيع الخنطة بالشعر وان كان علة ذلك عند غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة يحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز أن يكون محلها وعلمها محل الحقيقة وعلمها والا كانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه الربا بالنسبة مال الربا من وجه نظر الى ان القدر يحكم بهما كما في الخنطة مع الشعر أو الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان أحدهما نقدا والآخر نسبة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلا في المسالية فتتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة (٢٨٠) هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة اما أن يكون

مطابقا أو في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في محل الثانية في الحكم وعلة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لاشبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاسمة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة في

وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة أولى ولنا انه مال الربا من وجه نظر الى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المسالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة والنساء بالمس ليس غير (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم نساء) لانه دليل عليه وأيضال الدليل على نفيه وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرا ببعيرين الى أجل وهذا يكون سلميا وعن ابن عمر أنه باع بعيرا بأربعة الى أجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا بقال له عصفور بعشرين بعيرا الى أجل والمعنى أن التأجيل في أحد البدين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بأن باع الواحد بالاثنتين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا فالتفاوت حكما أولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره (ولنا انه مال الربا نظر الى القدر أو الجنس) وعرف أن (النقدية أوجبت فضلا في المسالية) حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالموجب (فتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كالحقيقة الربا) بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية بمجازفة وان ظن التساوي وعانت الصبرتان في الربوية وليس

محالها اذا وجدت العلة بكما لها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالحديث التي تدل على كل واحد فيه منهم كما استدلل بعض الشارحين بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرا ببعيرين الى أجل للشافعي رحمه الله وبما روى أبو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبة لنا فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعنا عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الاجماع فله أن يقول انهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول اذا كان علة ذلك عند غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص (قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم الى قوله لتحقق شبهة الربا بالخ) أقول أنت خير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لا حقيقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل فلا يجوز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين فماذا كره الشارح مغالطة لا يجدي شيئا الا ترى الى قول المصنف بعد سطوره في هذا الوباغ الخنطة بجنسها الى ان قال لتوهم الفضل فليستأمل (قوله وهو ما ذكرنا) أقول يعني قوله قبل تسعة أسطر تخميننا وهو قوله ما يجري فيه الربا بالنسبة مال الربا من وجه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعنا عن ذلك) أقول اذا تعارض المذهب والمبيع فالترجيح للمعصوم احتياطاً على ما فصل في كتب الاصول وهذا يكتفي في الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما روى عن عبد الله كما لا يخفى على من تطرق كتبهم (قوله فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله اجماع الصحابة مبتدأ وقوله على حرمة النساء خبره

وقوله (الا انه اذا سلم) استثناء من قوله فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم التساوي فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لو جود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما مختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلا تان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات وهي معربة ٣ سنك تزون ونقل عن الفراء أن السنين اقصم ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين وأما الثاني فلان الزعفران مثنى يتعين بالتعيين والنقود مثنى لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلا تان لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشترت هذا الزعفران (٢٨١) بهذا النقد المشار اليه على أنه

عشرة دنانير مثلاً لا فقبضه
البائع صح التصرف فيه
قبل الوزن ولو باع الزعفران
بشرط أنه منون مثلاً وقبله
المشتري ليس له أن يتصرف
فيه حتى يعيد الوزن (واذا
اختلفا في الوزن صورة ومعنى
وحكم لم يجمعهما القدر من
كل وجه فتزول الشبهة فيه الى
شبهة الشبهة) فان الموزنين
اذا اتفقا فالنقد للشبهة فاذا لم
يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن
والوزن وحده شبهة فكان
ذلك شبهة الشبهة (وهي غير
معتبرة) لا يقال لم يخرج جاذب ذلك
عن كونهما موزنين فقد
جمعهما الوزن لان انطلاق
الوزن عليهما ما حينئذ
لا اشتراك اللفظي ليس الا
وهو لا يفيد الاتحاد بينهما
فصار كأن الوزن لم يجمعهما
حقيقة وفي عبارة المصنف
رحمه الله تسامح فانه قال فاذا
اختلفا بصورة ولم يختلفا بصورة
ولهذا قال شمس الأئمة بل
نقول انفاقهما في الوزن
صورة لا معنى وحكم الا اذا
حمل قوله صورة على أن
معناه صفة كما قال في أول
التعليل في صفة الوزن

الا انه اذا سلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثنى يتعين بالتعيين والنقود يوزن بالصنجات وهو مثنى لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزول الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فيه الاشبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تباعا بمجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر امتساويين لم يجر عندنا أيضاً خلافاً لفرلان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لثبوتها صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الخطبة بالشـهيرة بثمن يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه في ذلك ما تقدم من حديث عباد بن الصامت مما أخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يد بيد فالزم التفاضل عند الاختلاف وهو تحريم النسبة وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشـهيرة والشـهيرة أكثرهما يدايد وأما النسبة فلا وأخرج أبو داود أيضاً قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا جاد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبة فقام دليلاً على أن وجود أحد جزأى علة الر باعلة لتحريم التساوي علماً بأن فيه شبهة الربا أعني الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكر من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضاً لان شبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والتساوي فيثبت فيهما ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيع أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكر أن لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود وفي تلك الاموال مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم بالصنجات وفي الزعفران بالامناء والقطن وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا يتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزن البائع بغية المشتري وسلمها فقبضها باجازه أن يتصرف فيها قبل وزنها نانياً وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن في مثله (فاذا اختلفا) أي النقد والزعفران ونحوه (فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزول الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكم نشر مرتب بعد ألف ولا يخفى أن التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتبار اختلاف معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضاً وكذلك الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد أنه بعد ما تزنه من بائعته وقبضه ليس له أن يبيعه حتى

(٣٦ - فتح القدير خامس) فذلك اعتباراً زائداً على ما ذكره شمس الأئمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلم يجوز له وجود أحد الوصفين لانسداد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فأنشأ الرخصة في القبول وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العمل وللسان نقول به (قوله وأما الثاني فلان الزعفران مثنى الخ) أقول لا يظهر كون هذا الاختلاف في معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزونين (قوله لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي) أقول لا يخفى عليك انني اشتراك معنى الوزن مما يتقبه البدئية

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الخنطة والشعير والتمر والمخ وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والافوى لا يترك بالادنى

(قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا) كالخنطة والشعير والتمر والمخ (فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدا) لان النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الاعلى من تعارف به والافوى لا يترك بالادنى

يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعده هذا البيع أن يرتبه الاخر ليسلمه اليه ليصح تصرف الاخر فيه وكذا نقول في الدراهم اذا قبضها او اما أن يقال اذا باع بالدراهم حتى كانت ثمتا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك لأن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن واذا ضيف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا ينسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقل لا يجوز أن تسلم في الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفا في ميزان جاز الا في الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لا اتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقابة من جنسه يد بيد فحاشا كان أو حديد او ان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فلا يجزى فيه بالفضل وان كانت لاتباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الخنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أوجب بأن امتناعه لا امتناع كون النقود مسماة به لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بمن مؤجل وان كان بالنظر السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن ينعقد بيعا بمن مؤجل وهذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالخنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر ثم تفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما فلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة والشعير بالشعير يدل على أنهم ما جنسان والا فالطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح الطلاقة على الاخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيو ان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهية والثوب الهروي والمروى وهو يسكون الرأع جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان والبدل الارمني والطالقاني جنسان والتمر كاه جنس واحد والحديد والرصاص والشبه أجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالبية والاعم وشحم البطن أجناس ودهن البنتفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة أصنافا ولها أجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم أنهم متماثلان في الكيل أيضا (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة لان النص أقوى من العرف) لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في اخراج الشموع والسرير الى المقابر الى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجة العرف على الذين تعارفوا والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) أي عادات الناس (دلالة) على جوارحهم بما وضع عليه بهو به عليه الصلوة والسلام ماراً المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار (٣٨٣) العرف على خلاف المنصوص عليه

أيضاً لان النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك (وعلى ذلك) لو باع حنطة بجنسها متساو ياوزناً أو ذهباً بجنسه متماثلاً (كيلاً) حاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوا ولو توهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزناً على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجهه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وكر في التهمة انه ذكر في المجرى عن أصحابنا أنه لا يجوز فنكان في المسئلة روايتان قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضاً لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت) أقول استقرض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ما أيضاً لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساو ياوزناً أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجب وزناً لوجود الاسلام في معلوم

قوله صلى الله عليه وسلم ماراً المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربعية بالخريفية موزوناً ومتساوياً لا يجوز (ومالم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الاسواق (لانها) أي العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ماراً المسلمون حسناً الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي أن ما كان مستخر جاً من أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق (وعن أبي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لان النص على ذلك) الكيل في الشيء والوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذلك بذلك (وقد تبدلت) فتبديل الحكم وأوجب بأن تقر به صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفاً كذا وجهه ولا يخفى ان هذا لا يلزم بأبي يوسف لأن قصاره أنه كنهه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حمالاً النص عليه على وزان ما ذكرناه في سنية الترويح مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم تركه لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا أمننا من بعده النسخ فحكما بالسنية فكذلك هذه التغيرات تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا) لو باع الحنطة بجنسها متساو ياوزناً أو الذهب بجنسها متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (الا أنه الى آخره) استثناء على قوله ما من قوله فهو مكمل أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبداً فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزناً فاستثناءه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوماً على وجهه لا يكون بينهم ما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمسوى النزع المعين فمال يمكن ذلك المسوى التحق بالحزاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يجوز لانهم مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في السكا في الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كمالاً فلا بأس لم وزناً لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روى عنه ما جواز السلم وزناً في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلاً انه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في المكيل وزناً وفي الموزون كيلاً هذا الذي ذكره فرق بين الكيل اتصال الوزن عادة وقلبه فأما الوزن نصوصاً وعادة كافي ناشرين من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزناً من الآخر ففي الاناين من غير النقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يساعان وزناً لانه عددي متقارب وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيه ما بالفضل وان كانت لا تباع وزناً في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصناعة بالعادة وأما في الحديد ونحوه

على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبني على هذه الرواية

قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقرض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبني على هذه الرواية

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) (٢٨٤) الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواقي جمع اوقية كائنتها ثمانية قيل

هي وزن سبعة مثاقيل
 وذكر في الصحاح انه اربعون
 درهما والظاهر انها تختلف
 بالزمان والمكان وكل ما يباع
 بالاواقي فهو وزني لانها
 قد رت بطريق الوزن
 اذ تعدلها انما يكون بالوزن
 ولهذا يختص ما يباع
 بالاواقي وزنا بخلاف
 سائر المكيال متصل بقوله
 لانها قد رت يعني ان سائر
 المكيال لو تعدل بالوزن
 فلا يكون للوزن فيه اعتبار
 وعلى هذا اذا بيع الموزون
 بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
 مثله لا يجوز اتوهم الفضل
 في الوزن بمنزلة المجازفة ولو
 كان المبيع مكيلا جازوا انما
 قيل بقوله بمكيال لا يعرف
 وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز
 قال في المبسوط وكل شيء
 وقع عليه كيل الرطل فهو
 موزون ثم قال يريده الادهان
 ونحوها لان الرطل انما يعدل
 بالوزن الا انه يشق عليهم وزن
 الدهن بالاناء والسبخات
 في كل وقت لانه لا يستمسك
 الا في وعاء وفي وزن كل وعاء
 حرج فانخذ الرطل في ذلك
 نيسر افعرفنا ان كل الرطل
 بيع موزون بخلاف بيع
 الموزون به والاسلام فيه
 بذلك الوزن قال (وعقد
 الصرف ما وقع على جنس
 الاثمان الخ) عقد الصرف
 ما وقع على جنس الاثمان
 وهي النقود يعتبر فيه

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالاواقي لانها قد رت بطريق الوزن حتى
 يختص ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكيال واذا كان موزونا فلا يبيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
 مثله لا يجوز اتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان
 يعتبر فيه قبض عوضه في المجلس)

فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أياضاً من أن يكون موزوناً بالعرف (قوله وكل ما ينسب
 الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتر
 فيها انما السمرير جمع الى الوزن كما اشترى في المن والقطار أو الى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري أهذه
 الاسماء من قبيل الوزن فيجوز حكم الوزن على المبيع أو المكيل فيجوز عليه حكم الكيل وذلك كاسم
 الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فأفاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجوز عليه ذلك فلو
 بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلها
 لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الحزاف ولو تباعا كيلا متفاضلا وهما متساويا
 الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لا فائدة له لظاهر تساويهما وزنا لا يجوز فافاد من
 ان أموال الرابو بيعت مجازفة ثم ظهرت تساويهما لا يجوز خلافا لغيره وقول الشافعي كقولنا بل لا فائدة
 انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية مختلف فيها
 عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الا بالاسكندرية وزن ثلثمائة
 درهم واثنا عشر درهما بوزن كل عشرة تسعة مثاقيل وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفي الشام
 أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفي حلب أكثر من ذلك وتفسر أبي عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية
 وعشرون تفسر للرطل العراقي الذي قد ربه الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في
 الاسكندرية الرطل المذكو رغير الكتان ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف
 ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية وربما كان في غيرها عشرين أوقية وحينئذ لا يشكل
 اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الاوقية
 مثلاً اثنا عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع أسماء
 آخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها في عرف الحال وقوله بمكيال
 لا يعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان) ذهب اوقية
 بجنسه أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتفاضل قبل افتراق الابدان
 وان اختلف الجنس حتى لو عقد العقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا واقتراضا وان لا يكون به خيار
 وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيد ولو أسقط الخيار والاجل
 في المجلس عاد صححنا خلافا لغيره وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي
 واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة وبالاهاموهاء وروى ابن أبي
 شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم الذهب بالذهب وبالاهاموهاء والورق بالورق
 وبالاهاء وهاء والبر بالبر وبالاهاموهاء والشعير بالشعير وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر وبالاهاموهاء
 ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق وبالاهاموهاء والبر بالبر وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر وبالاهاموهاء
 وألف وهو موزون هاع مبنى على الفتح ومعناه خذوها يعني هو ربا الا فيما يقول كل من مال صاحبه
 خذ ومنه هاؤم اقر وا كتابيه وفسره بأنه يعني يد ابيد في الحديث المتقدم ثم قال (وما سواه) أي ما سوى
 عقد الصرف (عما فيه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا
 يعتبر فيه التقابض فلو اقرت بدينارين عن غير قبض جاز عندنا (خلافا لشافعي في بيع الطعام)

(أقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاهو هاه) معناه يدا بيد وقد تقدم دلالة على الوجوب وهاهو معدود على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاه فية قابضان وفسره بقوله يدا بيد جرا إلى أفادة معنى التعيين كالتبيين (وماسوى جنس الأثمان) من الرويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافاً للشافعي في بيع الطعام) أي في كل مطعم ومساوياً ببيع بحسنه كبيع كتر حنطة بكر حنطة أو بغير جنسه ككر حنطة بشعير أو غير فانه إذا افترا فالأعقب فبعض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كتابة وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللتقدم مزية فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (ولنا أنه مبيع متعين) لأنه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالنوب والعبد والذابة وغيرها وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين في العدة وقوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه إذا كان معناه عينا يتعين لم يبق دليله على القبض والدليل على ذلك ما رواه عباد بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليه ما بالروايتين منتفيا بالاجتماع المركب أما عندنا فإلّا لأن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حل أحدهما على الآخر وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آتية كما تقدم وان يكون التعيين لأنه انما يكون بالإشارة باليد (وقوله عينا بعين) محكم لا يحتمل غيره فيجمل المحتمل على المحكم ولا يقال لكم (٣٨٥) العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة

والجواز لأنكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لأن نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في الحال كها لکن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إنا ذهب ببيع بانامثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لکن القبض شرط

أقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهو هاه معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال (وماسوا هاه فية الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافاً للشافعي في بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يدا بيد ولأنه إذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض وللتقدم مزية فتثبت شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالنوب وهذا لأن الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف و يترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه يتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عباد بن الصامت رضي الله عنه أي كل مطعم حنطة أو شعير أو لحوم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقابض أقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولأنه حجة تدفع التعاقب في القبض وللتقدم مزية فيكون كالمؤجل اذ يحصل التفاوت في البدلين (ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط في) صحة بيعه (القبض كالنوب) بالنوب والعبد والعبد ونحو ذلك وهذا لأن الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين بملاوكة بالعقد إلا بالقبض قال ومعنى (قوله يدا بيد عينا بعين) وكذا رواه عباد بن الصامت تقدم رواه

قال المصنف (أقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهو هاه) أقول قال الاتقاني قال المطرزي هاهو وزن هاع بمعنى خذ منه قوله تعالى هاهو أقرأ كتابه أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاه فية قابضان والقصر خطأ انتهى وفي شرح مسلم للنووي فيه اغثنان المد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هاه فابذلت الهززة من الكاف ثم قال وغلط الخطائي وغيره من المحدثين في رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليس بغلط بل هي صحيحة كما ذكرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالة على الوجوب) أقول في أوائل هذا الباب وهو قوله فان قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أجيب بأن الوجوب مصر وف إلى الصفة (قوله وهاهو معدود على وزن هاع ومعناه خذ) أقول بمعنى الحديث والله تعالى أعلم ببيعوا بالفضة بالفضة فأن لا كل منكم لصاحبه هاهو هاه وفيه بحث بل المعنى متعاقبين هاهو هاه (قوله أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لوضح هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرطاً في غير الأثمان أيضاً اذ لفظ هاهو هاه مذكور في الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهم ما) أقول يعني ظاهراً (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فان القبض إذا كان شرطاً عنده يكون التعيين أيضاً كذلك اذ لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاؤه أيضاً ممنوع عنده (قوله ولا يقال لكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كلامه معنى المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والجواز لأننا لم انما نحن فيه ليس كذلك الا يرى إلى قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والماء بالماء مثلاً عتداً سداسد الحديث علماً ما ذكر في الكتب المنسوبة

وأجيب بأنه وإن تعين لكم لما كان (٣٨٦) ثمنا خلقه كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربا كالحقيقة فاشتراط القبض دفعها

وتعاقب القبض لا يعتبر متفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانه عدم المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر

عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازيد فقد اربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر لا يغدر زيادة ما لم يذ كر الاجل وقد استشكل بأنه استدلال بيد على اشتراط التقابض قبل الاقتراق في الصرف ثم استدلال به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميم الماشتركون أو للحقيقة في المجاز والجواب انه فسر هاء وهاء بيديا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هناك انما هو على التعيين أيضا لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا انما الاتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للعامل لان يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسيره ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولما قلنا ان يدفعه يمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض ويجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربا باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالا بن أوس اصطر من طلحة بن عبيد الله صر فاعبائه دينار فأخذ طلحة الذهب بقلها في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا نفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاه وهاء والبر بالبر بالاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاه وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاه وهاء وهذا استدلال ابن الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه وكيف ومعنى هاه اخذ وهو من أسماء الافعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابه وقال قائل

نخرج من بغضها السقاء * ثم تقول من بعيد هاه

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض قد دفع بان الاسم يني هناك عن صرف كل الى الآخر ملقى يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لاحاجة له اليه لان الدليل السمي على الوجه الذي قرناه يستقل بطولبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين) الى آخره ومبني ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد أو هي من مسائل الجامع الصغير صورته في محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمر بتمرتين يدا بيد جازا اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما دينا وصورة أربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعينهم الا يجوز لان الفلاس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لا اصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوزة منها فيكون أحدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينه ما لا يجوز والا أمسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لا سقاه فلسين في ذمته فيرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعينهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع

واعترض بأن ما ذكرتم انما هو على طريقة تتحكم في ان الاثمان لا تتعين وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادئ ههنا لثبوته بالادلة الملزمة على ما عرف في موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه المانع تعاقب بعد تفاوتنا في المالة عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون في المالة بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددي المتقارب بخلافه متفاضلا جائزان كانا موجودين لانه عدم المعيار وان كان أحدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنتين أجيب بأن التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا وخالقنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم ما الخ) . بيع الفلاس بجنسه متفاضلا على أوجه أربعة . بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهم . وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهم . وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهم ما والكل فاسد سوى الوجه الرابع . أما الأول فلان الفلاس رائحة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجوده منها فيكون أحد الفلاسين فضلاً لبايع العوض مشروطاً بالعقد وهو الربا . وأما الثاني فلانه لو جاز أمسك البائع الفلاس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض . وأما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع للفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بالعوض . وأما الوجه الرابع فيجوز به أبو يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية في الفلاس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فثبت أنهما لا يتعين بالاتفاق فلا فرق بينهما وبين ما إذا كانا بغير أعيانهم ما و كبيع الدرهم بالدرهمين . وهذا يبين ان الفلاس الرائحة ما دامت رائحة لاتعين بالتعيين حتى لو قوتلت بخلاف جنسهما كما اذا اشترى ثوباً بفلاس معينة فهل كانت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذا لولاه لغيرهما عليهما) . وما ثبت باصطلاحهما في حقهما ما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانهم اذا كسدت بالاتفاق الكل لا تكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما ما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما . وأجيب بأن لاصل في الفلاس ان تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز أن تكون ثمناً باصطلاحهما ما لوقوعه على خلاف الاصل . وأما اذا اصطالحا على كونهما عروضاً كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزاً وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه يناق قولنا أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذا لولاه لغير عليهما (٣٨٧) ويمكن أن يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم ما) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لاتعين فصار كما اذا كانا بغير أعيانهم ما و كبيع الدرهم بالدرهمين . وله ما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذا لولاه لغير عليهما . فما تبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزن البقاء الاصطلاح على العداد في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لان الثمنية خلقه وبخلاف ما اذا كانا بغير أعيانهم ما لانه كالي بالكالي وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس باذنه يراد بحرم النساء

فلساً بعينه بفلسين بعينه ما فيجوز خلافاً لمحمد وأصله ان الفلاس لا يتعين بالتعيين مادام رائحة عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد . وجه قول محمد ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما . وإذا بقيت أثماناً لاتعين فصار كالي كالي وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه

بيع فلس بفلسين ومن بيع قطعة مشر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود

وزن لانه ما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنتين أعرض عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجع الى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى يتقنى بانها بقيت معدوداً واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذني نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد . وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقاً وفي غير الرويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد (قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لان شكل العددي عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لان الثمنية خلقه لاصطلاحها فلا تبطل باصطلاحهما . وقوله (وبخلاف) جواب عما قال كما اذا كان بغير أعيانهم ما فان ذلك لم يحز لكونه كالي كالي أي نسبة بنسبة وهو منهي عنه . وقوله (وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه) جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء

قال المصنف (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم ما) أقول الضمير راجع الى البدلين (قوله اما الاول فلان الفلاس) أقول ولانه كالي كالي (قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول لا أن نقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند (قوله والاول ممنوع الخ) أقول الظاهر انه لا مجال للانع فان الاصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها لاجل امور المسلمين على الصلاح وتحسين الظن بهم ولا يخفى عليك امكان حمله عليها هنا فان الوزن ليس منصوصاً عليه في النحاس والمنعار في المسكوك مشترك تارة يكون بالعد وتارة بالوزن فليست أم قال المصنف (لانه كالي كالي وقد نهى عنه) أقول روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الكالي بالكالي قال أبو عبيدة هو النسبة بالنسبة وقال صاحب الفائق كالا الدين كوا فلهو كالي اذا تأخر ومنه كالا الله بك كالا المرأى اطوله واشده تأخر وكلا في الطعام أي أسلفت

قال (ولا يجوز بيع الخنطة بالدينق) (٢٨٨) بيع الخنطة بالدينق أو بالسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة

قال (ولا يجوز بيع الخنطة بالدينق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانهم من أجزاء الخنطة والمعارفهم ما الكيل لكن الكيل غير متروك بينهما وبين الخنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حبات الخنطة

بالدرهمين ولهما ان غنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا عترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح السكك لا تكون غنما باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على غنيتها يجب بان الفلوس في الاصل عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان تصير غنما باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس وأما اذا اصطالحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز ان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعودون زنيا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلان يفسر لانه حينئذ يبيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فأجاب بان الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار غنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقددين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خالقة وبخلاف ما اذا كانا بغير غنما لانه يبيع الكالي بالكالي وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير غنما يستلزم النسبة وليس كذلك ألا ترى ان البيع بالنقود يبيع بمالين بعين ويكون مع ذلك حلالا فكونه بغير غنما ليس معناه نسبة وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير غنما لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالي بالكالي قال أبو عبيدة هو النسبة بالنسبة وفي الفائق كلاً الدين بالرفع كذا فهو كالي اذا تأخر قال الشاعر * وعينه كالكالي الضمار * بهجور حلا يريد بعينه عطية الخائنة كالتأخر الذي لا يرجو ومنه كلاً الله بك كلاً العرأى كثره تأخيراً وتكلاً كلاً أي استنساآت نسبة وحديث النبي عن الكالي بالكالي رواه ابن أبي شيبه واسحق بن راهويه والبراق في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالي بكالي وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيله ان شعبة يروي عنه فقال لو رأى شعبة ما رأى ناسه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمى عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمى ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الزبيدي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالي بكالي والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الخنطة بالدينق) أي دقيقها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أي سويق الخنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لا اختلاف الجنس فضلا عن شبهة وانما امتنع لان المجانسة بين الخنطة ودقيقها وان انتفت اسماء صورة ومعنى موجودة فان المقصود من الخنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشامنتف في الدينق فهي باقية من وجه لانهم من أجزاء الخنطة وانما يقل أجزاءها لان من أجزاءها الخنطة أيضا فالخنطة كسرت على أجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعارف في كل من الخنطة والدينق والسويق الكيل والكيل لا يوجب النسوية بينهما لان بعرض ذلك التكسير صارت أجزاءها مكثرة (فيه) أي في الكيل أي منضمة انضماما شديدا والفتح في الكيل ليس كذلك فلا تحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار

الربا لانهم مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهم ماى الدينق والسويق من أجزاء الخنطة لان الطعن لم يؤثر الا في تفسير سويق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر اقله من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الخنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فان ما يتنفي من الخنطة لا يتنفي من الدينق فانها تصلح لانتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدينق والسويق وروا الفضل بين الخنطة والخنطة كان ثابتا قبل الطعن وبصيرورته دقيقة زالت المجانسة من وجه دون وجه فوق الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدينق خنطة أولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاو يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك أجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير متساو بينهما وبين الخنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حبات الخنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة

قال المصنف (لانهم من أجزاء الخنطة) أقول وانما لم يقل أجزاءها لان من أجزاءها الخنطة أيضا

(فلا يجوز وان كان كيلا بديل) قبل حرمة الربا حرمة تنهاى بالمساواة في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لا تنهاى
فصار ممثلا لظاهر الذي على ما عرف وأوجب بان حرمة الربا تنهاى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء
لا تنهاى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه
لا نتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقيق الشرط وهو وجود المستوى ومتساويا كيلا بكيل في كل حالان
متداخلا لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية في يومهم جواز المساواة وزنا
حكى عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساوا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع
الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء (٢٨٩) حنطة غير مقلية والسويق

اجزأؤها مقلية فكلا
يجوز بيع اجزاء بعض
بالاخر اقيام المجانسة من
وجه فكذا لا يجوز بيع
اجزاء بعض باجزاء بعض
آخر

فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقيق الشرط (وبيع
الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع
السويق بالحنطة فكذا بيع اجزأها لقيام المجانسة من وجه

بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة
الا فبالاعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق
العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وان كانت كيلا بكيل) مساووقولنا قول الشافعي في
الظاهر عنه وسفيان الثوري وأحمد في رواية خلافا للمالك وأحمد في أظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة
فرقت اجزأها فاشبهه ببيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة
بعروض الطعن بدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الآن الشافعي أجاز لان النخالة ليست
من أموال الرابا لانها لا تطعم وقولنا للمعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه أما
بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كيلا) وهو قول أحمد وكذا استقرضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق
بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه ينكس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه
لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة
عن الامام الفضل انما يجوز اذا تساوا كيلا انا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على
الحال ونصب كيلا على التمييز وهو غير نسبة مثل نصب عرفا والاصل متساويا كيلا وفي بيع الدقيق
بالدقيق وزنا ورايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا بيع
الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أحسن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة
وفي شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة
أحسن لانه اذا رزنا ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنحول بغير المنحول لا يجوز الا مماثلا وبيع
النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي في
الدقيق ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير
بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا مادقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا

قال المصنف (فكذا
بيع اجزأها) أقول
كان الظاهر أن يقول
فكذا بأجزأها — ما الا أنه
عدل الى هذا اشارة الى
أنها مبيعة أيضا في
أمثال هذا البيع (قوله
وأوجب بأن حرمة
الربا تنهاى بالمساواة في
الحنطة أو في الشبهة)
أقول قوله في الحنطة أو
في الشبهة يحتمل أن
يكون قيد المساواة فعني
قوله فان حرمة النساء
لا تنهاى بالمساواة أي
بشبهة المساواة التي في
النساء لاستتزام شبهة
الفضل شبهة المساواة

(٣٧ - فتح القدر خامس) أيضا ويحتمل أن يكون قد المراد هو الانسب بقوله
فان حرمة النساء الخ والاول أقرب فليتامر وأنت خبير بأن قوله ويجوز ان يقال الخ يعين الاحتمال الثاني والالزم التكرار
(قوله ويجوز ان يقال الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها الخ) أقول بان يكون كلا البديلين نسبة فانه لا يجوز زلزل ومالك
بالكالي (قوله ومتساويا كيلا بكيل حالان متداخلا) أقول فكيف لا ينبغي ان يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندى ان انتصاب
كيلا على التمييز أي متساويا كيلا تأمل وسيجي من الشارح تفسير كيلا بقوله أي من حيث الكيل في شرح قوله والرطب بالرطب
يجوز متماثلا كيلا فذلك كالتصريح بكون كيلا تمييزا (قوله اقيام المجانسة من وجه) أقول مع انتفاء المستوى (قوله بأجزاء بعض
آخر) أقول لذلك أيضا

وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود وهو بالدقيق اتحاد الخبز والعصا تد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلبث بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم وإذا اختلف الجنس ان فبيعوا كيف سئتم بعد ان يكون يد ايدي والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشمله ما وفوات البعض لا يضر كالمقابلة بغير المقابلة (والعلكة بالمسوسة) التي أكلها السوس والمقابلة هي المشوية من قلى بقلى إذا شوى (٣٩٠) ويجوز مقلو من قلا ينلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها

وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقابلة مع غير المقابلة والعلكة بالمسوسة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفزأ أكثر ليكون اللحم عقابله ما فيه من اللحم والباقي

شأن في جوازها (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أي دقيق الخنطة وسويقهما مثلا (جنسان) وان رجعا إلى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلي والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأني من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلبث بسمن وعسل ويؤكل لا يتأني من الدقيق وإذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا أو بخنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن يبيع الخنطة المقلية بالخنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس للاعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالنسابة مع مساواة الكيل لا كتنازأ أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الخنطة إلا بتكسيره بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحادهما والثاني وعليه اقتصر المصنف أن يبيع الخنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا يبيع الخنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك إلا لاستلزامه ربا بالفضل ورب بالفضل لا يثبت الامع المجانسة فكانت المجانسة نابتة بين السويق والخنطة والدقيق أجزاء الخنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قواهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الخنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الأعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أي الجيدة السالمة من السوس (مع المسوسة) ومع ذلك جعلها جنسا واحدا غيران المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كغيرها متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوي بينهما فامام يبيع الخنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل يجوز إذا تساوا وبوزننا ذكره في الذخيرة وقيل لا وعليه عقول في المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوس أي أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساويا لما في الحيوان أو لا بشرط التعمين أم بالانسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال إن باعه بلحم غير جنسه ك لحم البقرة بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيما كان وان كان من جنسه ك لحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفزأ أكثر من اللحم الذي في الشاة لا يكون لحم الشاة بمقابلته مثله من اللحم وباقي اللحم

تتقدم من غير انقطاع والسوسة العنسة وهي دودة تقع في الصوف والخياب والطعام ومنه خنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) يبيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما إذا باعه بحيوان من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحم المختلفة على ما تبين ومنها ما إذا باعه الحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة لكنهما مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والافلا ومنها ما إذا باعه بجنسه مذبوحة غير مفصولة عن السقط وهو لا يجوز إلا ان يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق ومنها ما إذا باعه بجنسه حيا وهو مسلة الكتاب وهو جائز عند محمد (إذا كان اللحم المفزأ أكثر لكون اللحم عقابله ما فيه من اللحم والباقي

(قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول

لا يقال اختلاف المقاصد حاصل في الخنطة مع الدقيق مع انهما جاعلاهما متحدى الجنس من وجهه إذا مسئلة (عقابلة) اتفاقية فيما بالهما هما لجمع الدقيق والسويق كذلك لأن الخنطة إذا قليت صارت بالقلي كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد وإذا فرقت الأجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجهه في الخنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجهه حاصل مرة وفي الدقيق مع السويق مرتين فافتقرنا لنسائل

عقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لحقق الربا (ما من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن (فصار كالحل) أي الشيرج (بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بمائيس عوزون) لأن اللحم موزون لا بحالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خفت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن (٣٩١) الثجير وهو ثقله وهذا في الحقيقة

اجواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة للحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو لا يطلق عليه اسم اللحم كالخلد والكركش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بمائيس عوزون وفي ذلك اختلاف الجنس أيضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنس ان لم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك أوجب بأن النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البديل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

عقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لحقق الربا (ما من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بمائيس عوزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفته ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة بصلايته ويثقل أخرى بخلاف تلك المسئلة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير

(عقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لحقق الربا) اما زيادة السقط ان كان اللحم المفروض مثل ما في الحيوان من اللحم أو زيادة اللحم ان كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهمة وهو دهن السمسم لا يجوز الاعلى ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والارعار ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساوى باوزن بالاجماع والمراد بالسلاخه المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الاعلى الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل اما عندهما فظاهر لانهما اشتراها باللحم جاز كفيما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فانهما يجوز لانه لحم لحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شأن مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلم يجوز لأن اللحم ثقله وزيادة لحم الشاة بازاء الخلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الخلد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا غيره خلافا للزني من أصحاب الشافعي فانه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلعن البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيهم صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله في الاطلاق (انه باع موزونا بمائيس عوزون) فغايبته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع الغنبل والابن مع السمعي لكن اتحاد مع اختلاف المقادير به انما يمنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس عوزون (لانه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل لأن الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه ويخففها فلا يدري حاله بخلاف الدهن والسمسم (لأن الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من الثجير ثم يوزن الثجير) هذا على التنزل والافهم اعلى ما قال غير المصنف يعتبران لحم اشاة مع الشاة الحية جنسين أخذ من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خافقا آخر أي بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجسد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعف وقوى فنسب القوي مارواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهي عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حفص السلمي حدثني أبي حدثني إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن أثبت سمع الحسن من سمرة عدمه موصولا ومن لم

(قوله والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل الخ) أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبيعة يشمل أي يظهر شموله اباهما عند التمييز (قوله وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني وزن الحل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ووزن السمسم الذي جعل في مقابله ويعلم قدره أيضا حينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فيبعد العلم بمقدار الثجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج الى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الاول للسمسم لتلك المعرفة فعلم المراد من تعريف الوزن اياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنس أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لا ثبات مدعاها

(قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالإجماع ومتلاً على حوزة أو حنيفة خاصة (وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا) أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف (٢٩٣) وفيه إشارة إلى اشتراط المماثلة في أعدل الأحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال

لا يعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولا يحنيفة المنقول والمعقول أما الأول فلأنه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب تمرًا حين أهدي رطباً فقال أو كل تمر خير هكذا أو بيع التمر عنه جازلماً ورويًا من الحديث المشهور وأما المعقول فما روى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكأنا شديد عليه لمخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يخلو ما أن يكون تمرًا أو لا فإن كان تمرًا جاز العقد بأول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وإن لم يكن جاز بقوله إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن أهل الحديث مته هذا الطعن سلماً قوته في الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعتراض بأن التريد اند كور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره فمنهم من قال ذلك كلام

قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) عند أبي حنيفة (وقال لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا) وله أن الرطب غير لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدي إليه رطب أو كل تمر خير هكذا أسماء ثم أبيع التمر عنه جازلماً ورويًا ولأنه لو كان تمرًا

يُتْبَعُ فهو مرسل جيد وأنت تعلم أن المرسل عندنا حجة مطلقاً وأسند الشافعي إلى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حتى يمت وأسند أيضاً عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه نهى عن بيع اللحم بالحیوان وبسند إلى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهو لا تابعون وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعنه بالمعنى فإن مشايخنا ذكره عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جزوراً أخر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءه عرابي بعنقه فقال أعطوني هذا العناق لحما فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصح هذا وأتواؤه على أنه كان من أجل الصدقة فخر لي تصدق به (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد درجهم الله لا يجوز فقد تفرأ أبو حنيفة بالقول بالجواز وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلاً متماثلاً للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسات فقال سعد أيها أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علمته وهو كونه ينقص في أحد البديلين في ثاني الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح (ولا يحنيفة رضي الله عنه أن الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدي له رطب أو كل تمر خير هكذا أسماء) أي سمى الرطب (تمرًا) وهذا التماثل إذا كان المهدى رطباً وليس كذلك بل كان تمرًا أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبا جني عدي الأنصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله أنا لأأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو يبيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان ولفظ آخر أنا لأأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين الثلاثة فقال لا تفعل بيع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيهاً والجمع أصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا يأكل تمرًا فأكل رطباً أنه يحنث فليس كذلك بل المذهب أنه لا يحنث لأن مبناها على العرف وسند كرماته ثم قال المصنف (ولأنه ان كان تمرًا) هذا اللفظ يحكي عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر فسأله عن التمر فقال الرطب ما أن يكون تمرًا أو لم يكن فان كان تمرًا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وإن لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله

المصنف

حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والخجة لا تتم به بل بما بيننا من إطلاق اسم التمر عليه فثبت أن التمر اسم

لثمره خارجة من الخيل من حيث تنعقد صورتها إلى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز أن يقال أنه حنطة

(قوله لا اذا) أقول مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من الإطلاق اسم التمر عليه) أقول أي اسم التمر

جازا المبيع بأول الحديث وإن كان غير عرفيا آخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال (وكذا العنب بالزبيب)
يعنى على الخلاف والوجه ما بيناه

(قوله فيجوز بأول الحديث)
قلنا إنما جاز أن لو ثبتت
المساواة بينهما كما لا ولا
ثبتت لمسا قبل اد القلي
صنعة يفرم عليها الاعواض
فصار كن باع قضيزا بقضيز
ودرهم لا يقال ذلك راجع الى
التفاوت في الصفة وهو ساقط
كالجودة لان التفاوت
الراجع الى صنع الله ساقط
بالحديث وأما الراجع الى
صنع العباد فغيره بدليل
اعتباره بين المدة والنسيئة
فكل تفاوت ينبى على صنع
العباد فهو مفسد كما في
المدينة بغيرها والخنطة
بالدقيق وكل تفاوت خلق
فهو ساقط العبارة كما في
الرطب والتمر والجيد
والرديء والعنب بالزبيب
على هذا الخلاف بالوجه
المذكور ولعله غير بالخلاف
دون الاختلاف اشارة الى
قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله وله عبر بالخلاف
دون الاختلاف) أقول
الفرق بين الخلاف
والاختلاف سبق في باب
الوطء الذى يوجب الحد
والذى لا يوجب

المصنف بقوله (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فان
المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الامام الزيلعي
المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الدورقي ويقال المحزومي
ويقال مولى بنى زهرة المدني ليس به بأس وغير مشايخنا ذكره أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول وقد
رد تردده بين كونه تروا أو لا بأن هنا قسمائنا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالأخر كالخنطة
المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذلك الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوى في حال
اعتدال البدلين وهو أن يحذف الآخر وأبو حنيفة عنه ويعتبر التساوى حال العقد وعروض النقص
بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجباً أمر أخلفيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية
بغيرها فإنا في الحال نحكم بعدم التساوى لاكتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلخل كثير ورد
طعمه في أبي عياش أيضاً أنه ثقة كما قلنا أنما من قول صاحب التنقيح وأيضاً روى عنه مالك في الموطأ
وهو لا يروى عن رجل مجهول وقال المنذرى كيف يكون مجهولاً وقد روى عنه اثنتان ثقتان عبد الله
ابن زيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة
هذا الشأن وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق
قال الامام أبو حنيفة زيد أبو عياش مجهول فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا
وقد أجيب أيضاً بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا
زيادة نسيئة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن زيد أن أبا عياش أخبره أنه
سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب
نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوى في شرح الآثار ورواه الدارقطني
وقال اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالربعة
مالك وإسماعيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها
لان المذهب المتخار عن المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يوردها إلا في زيادة نفرد بها بعض الرواة
الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول
وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتماعه فإيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك
المجلس بالسمع فإلم ينظروا أن الحال كذلك فالأصل أنه قاله في مجالس ذكره في بعضها ما تركه في آخر
والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب إذا جف عرياً عن الفائدة إذا كان
النهى عنه نسيئة وما ذكرنا فإثباته أن الرطب ينقص الرطب أينقص الرطب إذا جف عرياً عن الفائدة إذا كان
منفعة لليتيم باعتبار نقصان عند الجفاف فنقصه على طريق الاشفاق مبني على أن السائل كان ولي يتيم
ولادليل عليه (قوله) وكذا العنب بالزبيب يعنى على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوى
كيلا وعندهما لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) لهما يعنى في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله
عليه وسلم أينقص إذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبهة عليها ولا بى حنيفة أن الزبيب أمان جنس
العنب فيجوز متساوياً ولا فيجوز مطلقاً ونقل القدوري في التقریب عن أبي جعفر أن جواز بيع
الزبيب بالعنب قوله لم يجمعوا وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار فقال المصنف

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الخلة انما تم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق اسم التمر على (٢٩٤) الرطب جعلنا نوعا واحدا جازا البيع مثلا غسل ولم يرد باطلاق اسم الغنم

على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنع المنسك في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كما لا عذر لنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الخطة الرطبة أو المبلولة بتملها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في عدل الاحوال وهو المال وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطة المقلية بغير المقلية) فانه لا يجوز البيع لان القلي كائن بصنع العباد فتعذر اللطافة التي كانت الخطة بهم انما ينفك الخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والغنم مع الزبيب لا يعتبر فهذه الاصل فصار في بيع الغنم بالزبيب أربع روايات لا يجوز اتفاقا يجوز اتفاقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود في الغنم فصار كالزيتون والفرق لا يحنيفة على رواية المنع بين الغنم بالزبيب وجواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا) وكذا الغنم بالغنم يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والشافعي وكذا الخلاف في كل غرة لها حال جفاف كالنخيل والمنمش والجوز والكثير والمان والاحص لا يجوز بيع رطبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بياسته لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الاخضر بمنله لان بين الباقلاء اثنين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الخطة المقلية بغير المقلية وبيع الخطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منه ما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الخطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من أنتع الزبيب في الخابية فهو منقع وأصله ان محمد اعتبر المساواة في عدل الاحوال وهو المال عند الحنفية كما أشار اليه حديث سعد وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة أمامع اليابسة فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البطل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الخطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفتحت أما اذا لم تفت من ساعتهما يجوز بيعها باليابسة اذا تساوى كيلا وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال (عملا باطلاق الحديث) أي حديث عبادة بن الصامت وغيره (الأن أبا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا له) من حديث سعد بن أبي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والخطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجهه والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الخطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع وما بأصل الخلقة لا بالخطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أجيب بأن الخطة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الربا ذاك والبل بالماء يعيدها الى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من

الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الخطة الرطبة والمبلولة الى آخرها

(قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول فيه بحث فان تقويتها انما هي لاعتبار التفاوت الصنعى اذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه

وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الأحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البدين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو منسند لكونه في المعقود عليه وإذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدين فليس منسندا إذا لم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يكون معتبراً (ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم إذا كان العقد وارا دأعلى البدين بالنسبة وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهي لا تبدل قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر مفاضلاً لا يجوز لأنه غير لما يننا (٢٩٥) أن التمر اسم لثمره الخلل من أول ما تنعقد صورته وبيعه به

متساوياً من حيث التكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الذاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمى به لأنه يستمر في جوفه بالتمر جائز متساوياً ومتفاضلاً يدا بيد لان الكفري ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله والكفري عددى متفاوت) قيل هو جواب سؤال تقريره لولم يكن تمر الجاز اسلام التمر في الكفري لكنه لم يجوز وتقرير الجواب أنه عددى متفاوت بالصغر والكبر وتفاوت آحاده في المسألة فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعرب بشير والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم أن المجانسة بين الشيتين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار

وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر مفاضلاً لا يجوز لان البسر غير بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لأقله والكفري عددى متفاوت حتى لو باع التمر به نسبة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثرهما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيت بأكثره بالخير)

بيع الخنطة الرطبة إلى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازته وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجيزه وحاصله (ان التفاوت) ان ظهر مع بقاء الاسم على البدين أو أحدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهم لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزيت فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه وفي الخنطة المبلولة وما في معناه لا يتغير في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر) متساوياً يجوز (ومتفاضلاً لا يجوز لان البسر غير بخلاف الكفري) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم النخل وهو أول ما ينشئ (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أي كما لا من التمر بكيلين من الكفري وقلبه لأنه ليس بتمر (لان) الكفري لم ينعقد بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعني التمر (من أول ما تنعقد صورته لأقله) وبهذا استدل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورد عليه أنه لو حلف لأى كل تمر فأكل رطباً لا يحنث فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنث وليس يصح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث وكذا ادعى أنه يحنث فيما إذا حلف لأى كل تمر فأكل بسراً ولم يكن به حاجة إلى هذا الذي يكفي أن الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد إلى أن يطيب ثم يحفف من اللغمة ولا ينكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله (والكفري عددى متفاوت إلى آخره) جواب سؤال هو أنه إذا لم يكن الكفري تمرًا ينبغي أن يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسبة فقال الكفري عددى متفاوت بالكبر والصغر تفاوتاً غير مهمه در فلا يجوز اسلامه فيه ولأن يشتري به نسبة للجهالة فتدفع المنازعة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج) معلوماً أنه (أكثرهما في الزيتون والسمسم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز فالاحتمالات أربع والجواز في أحدها بأنه إذا كان أكثر كان الخارج منه بمنزلة من الدهن المفرد (والزائد) منه (بمقابلة) (الخير) وفي فتاوى قاضيان رحمه الله انما يشترط أن يكون الخالص

ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز خنطة على كفة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن وإذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجوز بيع الخنطة بالدفق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فإذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إيمان تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون والاول والثاني لا يجوز اتوهم الفضل الذي هو كالحقق في هذا الباب

(قوله ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم الخ) أقول ولك أن تقول المراد بالضمير الرجوع إلى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام أو يقال المضاف مقدار رأى مسماه بقية جعله معقوداً عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فأنفذ الأشك

والاول اما أن يكون المنفصل أكثر أو لا والثاني لا يجوز لتحقيق الفضل وهو بعض الزيت والتجبر ان نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والتجبر وحده أي ساواة على تقدير أن يكون التجبر ذاقمة وأما إذا لم يكن كافي الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل ما في الزيت من السمن فانه يجوز (٣٩٦) وهو المروي عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود المقضى وانتفاء المانع والشيرج

بالسهم والجوز بدنه
والسمن بسمنه والغلب
بمعيره والتمر بدسه على
هذا الاعتبار ولقائل أن
يقول مثلا السهم يشتمل
على الشيرج والتجبر فاما
أن يكون المجموع منظورا
اليه من حيث هو كذلك
فيجب جواز بيع الشيرج
بالسهم مطلقا لأن الشيرج
وزنى والسهم كيلي أو من
حيث الاפשר فيجوز بيع
السهم بالسهم متفاضلا
صرفا لكل واحد من الدهن
والسهم الى خلاف جنسه
كما اذا باع كزحطة وكز
شعير ثلاثة اكرار حنطة
وكز شعير أو يكون أحدهما
إما الدهن أو التجبر منظورا
اليه فقط والثاني منتف
عادة والاول يوجب أن لا
يقابل التجبر بشئ من
الدهن وليس كذلك
والجواب أن المنظور اليه
هو المجموع من حيث
الافراد ولا يلزم جواز
بيع السهم بالسهم
متفاضلا قوله صرفا
لكل واحد من الدهن
والتجبر الى خلاف جنسه
قلنا ذلك اذا كانا منفصلين
خلفه كافي مسئلة الاكرار

لأن عند ذلك يعرى عن الربا ذمافيه من الدهن موزون وهذا ان مافيه لو كان أكثر أو مساويا له
فالتجبر وبعض الدهن أو التجبر وحده فضل ولولم يعلم مقدار مافيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه
كالحقيقة والجوز بدنه والابن بسمنه والغلب بمعيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار واختلاف في
القطن بغزله والسكر باس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

أكثر اذا كان الثقل في البذل الآخر شيء ماله قيمة أما اذا كان لاقية له كافي الزبد بعد اخراج السمن
منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد ويرى ذلك عن أبي حنيفة وقال زفر يجوز زرع عدم العلم
لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على
تقدير النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به
وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع أصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم أن المجانسة
تكون باعتبار ما في ضمن فتجمع النسبة كافي المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج
مع السهم وتنفق باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل
بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف
ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والفرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى
هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالاختلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج
منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا للوضم الى الاصل
ما يطيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمس مطيب بقفيز ين غير مطيب وعلى
هذا يجوز بيع رطل لو زمطيق برطل لو غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج
برطل دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطل زيت لم يطيب فجمعوا الرائحة التي فيها بازا
الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجيز الدهن المطيب وغيره لامتثال وأورد أنه ينبغي أن يجوز
بيع السهم بدنه بأي وجهه كان لأن الدهن وزنى والسهم كيلي أوجب بأنه لما كان المقصود من
السهم ما في ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السهم بالسهم
متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتجيده الى خلاف جنسه أوجب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة
كمسألة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله (الجوز بدنه والابن بسمنه والغلب بمعيره والتمر بدسه
على هذا الاعتبار) يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز والابن والتمر
جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثقل له قيمة وأظن ان لاقية لثقل الجوز لأن يكون بيع بقشره
فيؤقد وكذا الغلب لاقية لثقله فلا تشتط زيادة العصير على ما يخرج والله أعلم (واختلفوا في القطن
بغزله) فبعضهم لا يجوز زمتساويا لأن القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم
يجوز وفي فتاوى قاضيجان لا يجوز الا متساويا لأن أصلها واحد وكلاهما موزون وإن خر جاد
أحدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن
محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه أنه لا يجوز مطلقا وهكذا عن أبي حنيفة أيضا ثم ذكر

أظهر كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجبر أيضا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فبعض لا يجوز
لأن القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لأن أصلها واحد فكلاهما موزون وإن خر عا عن الوزن أخرجهما
من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضيجان وبيع الغزل بالثوب جائز والسكر باس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا
بخالف ما روى عن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا

(قال ويجوز بيع اللحم الخ) كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقرة والجواميس متفاضلا عنه أنه لا يجوز والعرب والبخاري والعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقرة والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الألبان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوى فكان الجنس متحدا ولنا أنهم افترعوا أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الأصل بوجوب اختلاف الفرع ضرورة كاللدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبارا للمعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكيك في الفواكه والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس يوزن ولا كيل فلم يتناولوا القدر الشرعي (٣٩٧) وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله إذا لم

تبدل بالصنعة) قيل مراده أن اتحاد الأصول بوجوب اتحاد الفروع والأجزاء إذا لم تبدل بالصنعة فإذا تبدلت الأجزاء بالصنعة تكون مختلفة وإن كان الأصل متحدا كالهرى والمرى وفيه نظر لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها فإنه يقول اختلاف الأصول بوجوب اختلاف الأجزاء إذا لم تبدل بالصنعة وأما إذا تبدلت فلا يوجبه وإنما يوجب الاتحادان الصنعة كما تؤثر في تغير الجنس مع اتحاد الأصل كالهرى مع المروى مع اتحادهما في الأصل وهو والقطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف الأصل كالدرهم المغشوشة المختلطة الغش

قال (ويجوز بيع اللحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الأبل والبقرة والغنم فأما البقرة والجواميس جنس واحد وكذا المعز والضأن وكذلك العرب مع البخاري قال (وكذلك ألبان البقرة والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز زلاتها جنس واحد للاتحاد المقصود ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذلك أجزاءها إذا لم تبدل بالصنعة قال (وكذا دخل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما فكذلك بين ما بينهما وهذا كان عصيرهما جنسين

أنه لا بأس ببيع المخلوج بالقطن والغزل بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المخلوج مع القطن ظاهر لأن الفاضل بأزاء حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المنزلة بأزاء صنعة الغزل فنقل الإجماع إنما هو باعتبار الأقوال المعقولة عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحم) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الأبل والبقرة والجواميس (فجنس واحد) لا يجوز بيع لحم الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقرة والجواميس) (فجنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقرة بلحم الجاموس متفاضلا (وكذا المعز والضأن والعرب مع البخاري) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وإنما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لأنه ليس مال الرابا لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والأوز لأنه يوزن في عادة يار مصر بعظمه وقوله ومراده إلى آخره يحترز به عن قول مالك فإن عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس الطيور جنس والدواب أهلها وحشيشة جنس واحد والحيوانات (وكذا الألبان البقرة والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الأصلين (وعن الشافعي أن اللحوم والألبان جنس واحد للاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الأجناس (فكذلك أجزاءها) إذا لم تبدل بالصنعة فإنها حينئذ تعد أجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا دخل الدقل بخل العنب) متفاضلا وكذلك عصيرهما (لاختلاف أصليهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو ردي والتمر باعتبار العادة لأن الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا

(٣٨ - فتح القدر خامس) مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبية فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول قال (وكذا دخل الدقل بخل العنب الخ) الدقل هو أردأ التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز إذا بدو وكذا سائر التمر ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مجرى العادة وإنما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما وهذا كان عصيرهما معني الدقل والعنب جنسين بالاجماع

(قوله لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة) أقول وينبغي أن يستثنى منه لحم الدجاجة فإنه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذلك أجزاءها) إذا لم تبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف أجزاء تلك الأصول بحسب اختلاف الأصول لاتحادها معها إذا لم تبدل بالصنعة فإن تلك الأجزاء إذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والآناء والقفصمة على ما تبين فلتدبر (قوله قيل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكأنه يقول اختلاف الأصول الخ) أقول مأخوذ من الخبرية

(وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل فإن المقصود هو المقصود باختلافه بوجوب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فإن الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصفوف يتخذ منه البود والفاقة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لأن المقصود منهم ما يتحدف فكان الجنس متحدانا لا نسلم ذلك فإن لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحدف قصدا إليهما والاولى أن يقال قلنا أن اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول ولم نقل اتحاد المقصود بوجوب الاتحاد عند اختلاف الأصول فالاصل أن يوجب اختلاف الأصول باختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبديل بالصنعة وإن يوجب الاتحاد الأصول الاتحاد (٢٩٨) الفروع إلا عند التبديل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه

وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لأن الخبز صار عدديا وموزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خيف فيه والقنوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله

(و) أما (شعر المعز وصف الغنم) جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لحمها ولبنها جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء اختلاف الأصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فإن قيل بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا وبالنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي أن لا يجوز متفاضلا تغليباً للحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليليهما وتساويهما في ترجيح المحرم وهذا ليس كذلك فإنه لا يقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود وأجيب بفتح اتحادهما فإن لبن البقر يقصد للدهن ولبن الأبل لا يتأتى منه ذلك وكذا أغراض الأكل تتفاوت فإن بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الأبل ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع أناء صفر أو حديد أحدهما ما أنقل من الآخرة وكذا القفمة بقمة ميتين وبرة بارتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقيدين فيمتنع التفاضل وإن اصطالحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالالية أو باللحم) والدم بالالية متفاضلا (لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا) واما شحم الخنزير ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما واما الرأس والأكارع والجلود فيجوز زيادة كيفما كان لأن نسيئة لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز (قوله) ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لأن الخبز صار) اما (عدديا) في عرف (أوموزونا) في عرف آخر (نخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسبة جعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل والدقيق اما كلى فكذلك أو وزنى على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا لم يثبت الجنسبة بينه وبين

نقض ومن هذا يبين أنه مانع راجع فلا يعارضه اتحاد الأصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لأن المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) جاز لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا أما اختلاف الصور فلا أن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء وأما اختلاف المعاني فلا أنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما محتانان لا محالة وأما اختلاف المنافع فكافة الطب قال (ويجوز بيع

الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقدا والآخر نسيئة فإن كان الأول جاز لأنه صار عدديا أو موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنس وان جاز التفاضل

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غدا المختلطان مقصودا مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي أن يعدا مختلفان فيه متحدان في الجنس إذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا وإذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكره الشارح في خبره والاولى كما لا يخفى بل لابد من بيان الفرق (قوله فلا أن الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لمعوم الصور لها والاطهر أن المراد بالصورة والاشكال

(وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه أي لا يجوز والتركيب للبالغ في النهي لانه منكر في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الخبز وان كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز فان كان الاول جاز لانه أسلم موزوناً في مكمل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما المأخذ كـ قال المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي للابصار استبعاداً بالاسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقه وبالخبز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنوير في كونه جديداً فيجيء عذبه جيداً أو عتيقاً فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في أول التنوير (٣٩٩) لا يجيئ مثل ما في آخره وهذا هو المانع

عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عدداً ووزناً ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده

قال (ولاربا بين المولى وعبد) لاربا بين المولى وعبد المأذون الذي لادين عليه محيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا فعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملاً على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع

قال المصنف (ولاربا بين المولى وعبد الخ) أقول قال العلامة السكاكي وفي الميسر فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضاً ولكن على المولى ان يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه

وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخبز والنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوزهما بالتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده قال (ولاربا بين المولى وعبد) لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان مأذوناً ولم يكن عليه دين

وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضاً وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للمكره في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد وشبهه المجانسة اذ في الخبز أجزاء الدقيق أو ان الدقيق بعرض أن يصير خبزاً فيشتت شرط المساواة ولا يدري ذلك (والفتوى على الاول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصطالحوا عليه (وهذا اذا كانا دينين) فاما بينهما نسيئة (فان كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بأن أسلم الخبز فيه ما دفعه نقداً (جازاً يضاوان كان الخبز) نسيئة بأن أسلم حنطة أو دقيقاً في خبز لم يجوز عند أبي حنيفة لانه لا يوقف على حذله فانه يتفاوت في الصنعة عينا وخزناً وكذا عند محمد لانه عددي عنده ويكون منه الثقل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لانه وزني) أو يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبعاداً بالاسلم فيه قبل قبضه اذ قبض متجاوزاً ما هو دون ما سمي صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منه لانه قيل أن يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رقيقاً فقل ان لا يصير مستقبلاً (ولا خير في استقراض الخبز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لانه يتفاوت بالخبز والخبز والنور) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً (والتقديم) في التنوير (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضه ولا استقراضه أمتع (وعند محمد رحمه الله يجوزهما) أي عدداً أو وزناً (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزناً لا عدداً للتفاوت في أحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالباً والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولاربا بين المولى وعبد) أي المأذون غير المديون (لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)

فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كالأخذ لاجبة العقد سواء اشترى منه درهما بدرهمين أو لالان ما أعطى ليس بعوض سواء قيل أو كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء وكذا أم الولد والمديون لان كسبه مال بخلاف المكاتب لان المكاتب صار كالحر يد أو تصرف في كسبه فيجوز الربا بينه وبين مولاه كما يجوز بينه وبين غيره انتهى وفيه إشارة الى انه لاربا بين المولى وعبد اذا كان على العبد دين وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما اذا كان عليه دين ولعل ما في الميسر على مذهب الامامية فان المولى ملك كسب المديون عندهما كما يجيئ في المأذون فراجع (قوله لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول أي مع عدم تعلق أحده وتماماً بقيد نأبذلك لئلا يرد على التفرع اشكال بأن مجرد الملكية لا يبيح البيع ألا يرى الى ما استدلل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما اذا كان العبد مديوناً فليتأمل (قوله فعدم تحقق الربا) أقول نأمل في صحة هذا التفرع فانه يلزم منه المصادرة (قوله بعد وجود البيع بحقيقته الخ) أقول أي صحيرة وظاهرها

(فإذا كان عليه دين يتحقق الربا لان ما في يده ليس ملكا مولودا عنه - أي حنيفة رجه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما (تعلق بمحقق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند (٣٠٠) أبي حنيفة ومحمد رجهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رجهما الله لهما الاعتبار

بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا فإنه اذا دخل الحرب دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فإنه لا يجوز فكذلك اذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز وبجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولا يبي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال أهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن اعمان من أخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربى ماله برضاه زال المعنى الذى حظر لاحله (قوله بخلاف المستأمن) جواب عن قياس وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد أخذه ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

(قوله صار كالاجنبي فيتحقق الربا) أقول أى شبهته از الشبهة كافية في الحرمات قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين

فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملكا مولودا عنه - أي حنيفة رجه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لابي يوسف والشافعي رجهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأى طريق أخذه المسلم أخذ ماله مباحا لا يمكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وأما الولد (فان كان عليه دين لا يجوز) أى البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فله عدم ملكه لما في يده عبده المأذون المحذون فهو اجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء نصار) المولى (كالاجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كأن يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلّم له ما لم يفرغ من دينه كالأخذ به لجهة البيع سواء كان اشترى منه درهمين بدرهمين أولا بخلاف المكاتب لانه صار كالخريد او تصرفا في كسبه فيجوز الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الاصلى والمسلم الذى أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فلو باع مسلم دخل اليهم مستأمن درهمين بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم ممتعة أو خنزيرا أو قمارهم وأخذ المال يحل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا (لهم) اطلاق النصوص فانهم لم يقيّد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجري بين المسلم وبينه فكذا الداخل من اهلهم بأمان ولا يبي حنيفة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب) وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ذلك قال الشافعي قال أبو يوسف انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا بين أهل الحرب أظنه قال وأهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه أسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى لم غلبت الروم الآية قالت له قريش تزورن أن الروم تغلب قال نعم فقال هل لك أن نخاطرنا فخطرهم فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم فزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فارسا فأخذ أبو بكر خطره فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشرى مكة وكانت مكة دار شرك (ولان مالهم مباح) واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر (فاذا لم يأخذ غدا فبأى طريق يأخذه حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لان ماله صار محظورا بالامان) فاذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا فان قيس عليه الربالان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به وابطاحته وهذا لا يفيد لعارضة اطلاق النصوص الابعة بدتوت حجة حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز واثبات قيد رائد على المطلق من نحو

المسلم والحربي في دار الحرب) أقول قال ابن العز قال في المغنى هذا خبر مجهول لم يروى في صحيح ولا مسند ولا كتاب لا تأكلوا موتوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ويحتمل ان المراد بقوله لاربا النهى عن الربا كقوله تعالى فلا ترفث ولا فسوق ولا جدال في الحج انتهى وعلى تقدير رجحه لا يصلح مقيد للمطلقات مثل لانا كل الربا الا زياد بخبر الواحد على الكتاب قيل المراد من النصوص الربا في مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور الا لعرض من الغدر فليتنا مل

﴿ باب الحقوق ﴾

فيل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع الآن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع وكذلك هنا ولا ان الحقوق توابع فليقبل ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع قال (ومن اشترى منزلاً فوقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسرهم ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصرف ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادبر عليه الحدود والبيت اسم لما يات فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور له دم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشترى به ويصرح بذلك كراحدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول بكل حق هوله أو بجرافقه أو بكل قليل وكثير هوفيه أو منه (ومن اشترى بيتاً فوقه بيت) وذكر كراحدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى (٣٠١) داراً بحدودها) ولم يذكر كراشياً من ذلك (دخل فيه العلو والكنيف)

وهذا لان الدار لما كان

اسماً لما ادبر عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالنقص فيه بالدار يدخل العلوفيه تبعاً عند ذكر التوابع وشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

والا لكان الشئ تابعاً مثله وهو لا يجوز ولا يشك بالمستعير فان له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له أن يكتب لان المراد بالتبعية ههنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مضمون له في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد

بل يفتقر الى الدلالة لانه ليس

افرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلاً لا تبعاً ولا أصالة وانما ملك الاعارة لانها تعليل المنافع ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذر من وقوع التبعية والمكاتب لما اختص بملكه كان أحق بتصرف ما وصله الى مقصوده وفي كتابه عبده تسبب الى ما وصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شبيهاً بكل منهما أخذ حظاً من الجانبين فله شبه بالدار يدخل العلوفيه تبعاً عند ذكر التوابع وشبهه بالبيت لا يدخل بدونه

﴿ باب الحقوق ﴾

(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الاعلى الا أن يشترى به بكل حق هوله أو بجرافقه أو بكل قليل وكثير هوفيه أو منه ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادبر عليه الحدود والتوابع الاصل واجزائه فمدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبعاً مثله فلا يدخل فيه الا بالنقص فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذا لا يكون فيه منزل الدواب فله شبه بالدار يدخل العلوفيه تبعاً عند ذكر التوابع وشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

لأننا كالأرباب ونحوه هو الزيادة فلا يجوز زويدهم بالقطع بأن المطلقات مراد بعلمها المال المحظور بحق المالكه ومال الحربى ليس محظوراً بالاتفاق الغدر وهذا التقرير في التحقيق يقتضى أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازته النظر المذكور أعني كون ماله مباحاً لا يعارض لزوم الغدر لانه لا يخفى أنه انما يقتضى حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والر بأعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام في الوجهين وكذلك القمار قد يفتى الى أن يكون مالاً للخطر للكافر بأن يكون الغلب له فالظاهر أن الاباحة تنقيد نيل المسلم الزيادة وقد انتمز الاصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظر الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ باب الحقوق ﴾

حل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيارات (قوله ومن اشترى منزلاً فوقه منزل) حاصل ما ههنا أن

افرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلاً لا تبعاً ولا أصالة وانما ملك الاعارة لانها تعليل المنافع ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذر من وقوع التبعية والمكاتب لما اختص بملكه كان أحق بتصرف ما وصله الى مقصوده وفي كتابه عبده تسبب الى ما وصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شبيهاً بكل منهما أخذ حظاً من الجانبين فله شبه بالدار يدخل العلوفيه تبعاً عند ذكر التوابع وشبهه بالبيت لا يدخل بدونه

﴿ باب الحقوق ﴾

(قوله فسر) أقول أى فسر كل واحد (قوله بكل حق هوله) أقول الباء للمصاحبة (قوله لان المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشك الخ والحق ان نعم لدخول المثل اذا ذكر ما يدل على توابع الشئ بحسب التوابع (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أى من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلوفيه تبعاً) أقول فيه بحث فانه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلاً لا في المنزل تبعاً

وفيه نظر لان الخلوة وعدمه
لم يكن له مدخل في الدليل
ويقال معناه أن البيت في
عرفنا لا يخلو عن علو وانه
يدخل في عرفنا فكان الدليل
أدال من حيث اللغة على
عدم اندخول متروكا بالعرف
وكما يدخل العلو في اسم الدار
يدخل الكنيف وهو المستراح
لانه من توابعه ولا تدخل
الظلة وهو السباط الذي
يكون أحد طرفيه على
الدار المبيعة والطرف الآخر
على دار أخرى أو على
الاسطوانات في السكة
ومفقه في الدار كذا في
الجامع الصغير لقاضخان
وفي المغرب وقول الفقهاء
ظلة الدار يريدون السدة
التي فوق الباب الابذ كر
ما ذكرنا وهو قوله بكل حق
هوله عند أبي حنيفة لانه
مبنى على هواء الطريق فأخذ
حكمه وعندهما ان كان
مفقه في الدار يدخل من
غيره كرشى مما ذكرنا يعني
من العبارات المذكورة لانه
من توابعه فشا به الكنيف
وقوله ان كان مفتحة في الدار
يضع قول قاضخان في
تعريف الظلة لانه جعل
المنتح في الدار قال (ومن اشترى
بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا
لم يكن له الطريق) إلا أن
يذكر إحدى العبارات الثلاث
(وكذلك الشرب والمسيل)

وفيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما
يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الابذ كر ما ذكرنا عند
أبي حنيفة رحمه الله لانه مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحة في الدار يدخل
من غيره كرشى مما ذكرنا لانه من توابعه فشا به الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا
لم يكن له الطريق إلا أن يشترى به بكل حق هوله أو جرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل
لانه خارج الحدود إلا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع

الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغرهما وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه فتم من
يقصر على هذا ومنهم من يزيد له بلزا والجواب فيه ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت
لا يدخل العلو وان قال بكل حق هوله أو كل قليل وكثير ما لم يذ كر اسم العلو صريحا لان العلومثله فانه
مسقف بيات فيه والشئ لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه وأورد المستعير له ان يعبر ما لا يختلف
باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير
المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بحكاسبه كان له ذلك
لان كتابته عبده من أكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة
ينزل فيه البلاء ونحوه موضع قضاء الحاجة فينتأق فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور وان ليس
له محن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فليكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فليشبهه بالدار يدخل العلو
فيه تبعاً عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشترى به بكل قليل
وكثير هوله فيه أو منه أو بكل حق له أو جرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلاذ كر زيادة والدار اسم
لساحة أدير علم الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فجمع فها بين الصحن
للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب والعلو
من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بلاذ كر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع
والكنيف هو المستراح أما الظلة وهو السباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى
أو على اسطوانات في السكة ومفقه في الدار المبيعة فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل
ما ذكرنا من قوله بكل حق هولها أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها (لانه) أي الظلة
بناويل السباط (مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحة في الدار يدخل) بلا
ذ كر زيادة ولان مفتحة اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذافي عرفهم أي
عرف أهل الكوفة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غيره كرشى في الصور كما هو سواء كان المبيع بيتا فوقه
علو أو منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الادار
السلطان تسمى سراي (قوله ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا فيها) (أو مسكنا) فيها (لم يكن له الطريق)
في هذه الدار الى ذلك المشتري (الأن يشترى به) بكل حق أو جرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب
والمسيل لانه خارج الحدود إلا انه من التوابع فيدخل بذكرها وفي المحيط المراد الطريق الخاص في
ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسهيل الماء
والقاء الثلج في ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائتها في دار
أخرى لا يدخل من غيره كرا الحقة ولانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الابذ كر الحقوق إلا أن تعليله
بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق

لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظر الى الاول ودخل بذكر التوابع أي بقوله كل حق نظر الى الثاني ان

(قوله الابذ كر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) أقول الاستثناء ناظر الى قوله ولا تدخل الظلة وقوله وهو راجع الى ما في قوله ما ذكرنا

(ب)خلاف الاجارة) فان الطريق تدخل استجار الدور والمسيل والشرب في استجار الاراضى وان لم يذ كر الحقوق والمرافق لان الاجارة
تتقد لتملك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبعة والمهر الصغير وبالانتفاع بالدار بدون الطريق
وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذا المستأجر لا يشترى (٣٠٣) الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من

الدخول تحصيلاً للفائدة

المطلوبة منه وأما البيع

فلملك العين لا المنفعة

ولهذا يجوز بيع مالا

ينتفع به في الحال كالارض

السبعة والمهر والانتفاع

بالمبيع ممكن بدونه لان

المشتري يشترى الطريق

والشرب والمسيل عادة

ووحده الضمير لكل واحد

أو بتأويل المذكور وقد

يستأجرها أيضاً وقد تكون

مقصودة التجارة فيبيعها

من غيره فحصلت الفائدة

المطلوبة

(قوله وأما البيع فملك

العين الخ) أقول

مقتضى كلام المصنف ان

كلهما يعقد الانتفاع

لكن الانتفاع في الاجارة

لا يمكن بدونه بخلاف

البيع فشرحه لا يطابق

ظاهر المشروح وأيضاً

ان أراد بقوله لا المنفعة انه

ليس لملكها فقط فممنوع

ولا يفيد وان أراد انه ليس

لملكها أصلاً فسلم بل

هو لملك العين والمنفعة

أبضاً والانتفاع بالمهر

والارض السبعة ممكن

على ما ذكره ويدفع

بان يراد بالمنفعة في الحال

ب)خلاف الاجارة) لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذا المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره
فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشترى به وقد
يجري فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

أن كلاً منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيئاً معيناً منها فلا
يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبي الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى
فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردّها بالعيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار
المبيعة فان كانت للبائع يؤمّر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة
طريق لدار أخرى أو سبيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة وقوله (ب)خلاف
الاجارة) متصل بقوله لم يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود
منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والمبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك
الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل اما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ من ثمنها فلم تتعين فائدة البيع فلا يلزم
ولهذا جاز بيع الخش كالأردان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبعة ولا تصح اجارة ذلك وفي السكافي
ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح
ولو استثنى العلو ثم أجبر البائع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في
ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلة المبيع والمبيع البناء لا الساحة لانه حق
في الهواء فان قيل ما ذكرتم بشكل بالقسمه في دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل
ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فافترسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا
طريقاً ولا مسيلاً وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل
ماءه في ذلك فالقسمه فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان
لم يذكر الحقوق فمحرر بالحواز القسمه كما أدخلتموها فمحرر بالحواز الاجارة أحجب بأن الفرق بينهما لان
موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجر انما يستوجب الاجرة
اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهم ما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع
أما هنا فوضع الطريق والمسيل داخل في القسمه لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب القسمه
اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو أنبتنا لأحدهما حقاً في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز
الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم أنه اذا ذكر الحقوق في البيع
وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسيل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل وفي القسمه
اذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسيل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطوب
بالفرق والفرق أن البيع ایجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشترطه يتم
مطلقاً والمقصود بالقسمه تمميز الملك الثابت لهما لكل منهما ما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه
فيه أحد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمه وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل
فلا يدخل لان الارض صريح ولا يكتفى فيه ذكر الحقوق والمرافق

فلما لم يذكر الحقوق والمرافق في الحال (قوله لا المنفعة) أقول بمعنى في الحال (قوله ووحده الضمير الخ) أقول أي ووحده الضمير في
قوله يشترى أو في قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لا يكونه للطريق يشهد بذلك قوله لا يشترى الطريق وحكم الشرب
والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لابنة لادته) فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر المشتري بها رجل لم يتبعها وولدها ووجه الفرق ما ذكرنا ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلاً بها ويتفرع عنها وهي ملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي ترفع بآثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق (٣٠٤) من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها رجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبنية فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلاً بها فيكون له أما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت بآثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذلك الولد اذا كان في غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً

باب الاستحقاق

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً ولكن لما تناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيب (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان بينة) استحق ولدها معها وارثها ان كان (وان) كان (مجرد) اقرار) المشتري (له بها) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة) اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه (فانها كاسمها مبنية) لما كان ثابتاً في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يمتنعون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء البينة فانه يثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كالأولاد في يد الاخير انما حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً بها في الزمان الذي ينسب عليه اظهار البينة الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يمتد إلى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل بآثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يمتد إلى غيره وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكرا التمراتني انه انما يمكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه لو ادعاه ان الولد لا يستحق بالبينة فقط القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضاً مقضياً به قيل نعم تبعاً كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً (وقيل) لا بل (بشروط القضاء بالولد أيضاً) لانه أصل يوم القضاء لانفصاله واستتلاله فلا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف (واليه تشير المسائل) التي ذكرها محمد رحمه الله

بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية نقلاً عن التمراتني ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستقبلاً فلا بد من الحكم به قيل وهو الاصح لان المسائل تشير إلى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

باب الاستحقاق

قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى

بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للتمراتني ظاهر فان الرواية أنه لا يفسخ وقال ابن الهمام وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المقول في ان البيع متى يفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصبح انتهى كلام ابن الهمام (قوله وهي ملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حالية (قوله والاخبار لا بدله) أقول أي لصدقه (قوله من مخبر به) أقول يعني محقق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبده فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري

فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل حيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف أنه يشترى القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقيفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعتضه شارح بأن غاية ما في الباب أن يكون بيع فضولي يعنى بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعنى الموقوف المفسوخ لا التحقة الاجازة واستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يؤمر بالتسليم الى البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لم يكن مقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لاجرم لو اشترى عبدا قد اقرضا أنه ملك البائع ثم استحق من يده المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لأن اقراره بالملك لم يبطل ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضا بالمبيع فليس بلازم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبت استمراره في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فائبا له ليحصل أحدهما اما العين أو البديل بأن يجيز ذلك البيع ويصل الثمن اليه فظهر أن اثبات الاستحقاق ليس ملزوما لعدم الرضا بالمبيع بل المحقق أنه ملزم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيدا له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك أنه اذا اتصل باثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالمبيع والالم يأخذوا جازة فأن هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا اله غيره ولا مرجو الاخيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نفذه في ظاهر الرواية انتهى واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح وقال شمس الأئمة الحلواني الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن أبي حنيفة أنه لا ينقض ما لم يأخذ العين بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم ينفسخ وهو الصحيح انتهى ومعنى هذا أن يتراضى على الفسخ لانه ذكر فيها أيضا اذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال اقامة البيئة على النتائج من البائع أو على تلقى الملك من المستحق ثابت اذا قضى القاضي فيلزم الجبر فيمنفسخ انتهى يعنى يلزم العجز عن اثبات ذلك أو المراد أن ينفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لاشك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجيز أنه ينفسخ فان سكوته بعد الأخذ عن الاجازة قدر ما يمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضا بالمبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أى اشترى انسانا (قال له اشترني فاني عبدا فاذا هو حر) أى فظهر أنه حر بيئته أقامها (فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) أى يدري مكانه (لا يرجع على العبد بشيء) من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على الفايض (واذا كان البائع لا يدري

قال (ومن اشترى عبدا
فاذا هو حر الخ) رجل قال
لا اشترى فاني عبدا
فاشتره فاذا هو حر فلا يخلو
إما أن يكون البائع حاضرا
أو غائبا غيبة معروفة وأما
أن يكون غائبا غيبة
منقطعة لا يدري

(أين هو) فان كان الاول فليس له على العبد شيء وان كان الثاني دمج المشتري على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اني عبد ليس على العبد شيء في قولهم وان قال ارتني فاني عبد فوجدته حرام يرجع المرنن على العبد بحال أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا أية غيبة كانت وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال ارتني فاني عبد وهى المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فحين أقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بأمر الغير (٣٠٦) واقراره مغرور ومن جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضى سلامة العوض

يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدى وقد أذنت له في التجارة فبإيعوه فبإيعوه وطعته ديون ثم ظهر انه حر فأنهم يرجعون على المولى بدوهم - ثم بقدر قيمته بحكم الغرور وه - اذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حر بته أهل للضمان فيجعل ضامنا للثن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات وهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فاذا فيه اصول

أين هو يرجع المشتري على العبد ويرجع هو على البائع وان ارتن عبدامقرا بالعبودية فوجدته حرام يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع فيه - ما لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال العبد ارتني فاني عبد وهى المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن ان يجعل الأمر به ضامنا لسلامة كما هو مو جب - بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عينه حتى يجوز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضامنا لسلامة

أين هو يرجع المشتري على العبد) مادفع الى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما يرجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر دين أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشئ (ولو ارتن عبدامقرا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارتني فاني عبد الراهن (لم يرجع عليه) أي على العبد (على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا يعرف مكانه أولا يعرف وهذا ظاهر الرواية (عنه) وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيه - ما) أي في البيع والرهن (لان الرجوع بالمعاوضة) وهى المباعدة هنا (أو بالكفالة) وليس واحدا منهما ثابتا (بل) الثابت (ليس الا) مجرد (الاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتني فاني عبد وهى المسئلة المذكورة ثانية) واه - ما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره فكان مغرورا من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضى سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فكان يتغير ريه (ضامنا) لدرك (الثن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى اذا قال لاهل السوق (يا عبدى فاني قد أذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فأنهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا لدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور وعن الناس (بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عينه حتى جاز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدال الأبراس مال السلم قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الأمر به ضامنا لانه ليس تغيرا في عقد معاوضة

سلبوا أمواله لم يضمن الخبز شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكلوا لهذا فمات فظهر بخلافه لانه غرور في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عينه وله - اذا جاز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع فيه الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدال الأبراس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضامنا لسلامة

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيه - ما) أقول قوله فيه - ما أي البيع والرهن ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتني من جعل الشيء ممتعا عليه لنفسه فليمتأمل فانه يجوز ان يقال تقرر بالكلام ما في الرهن فبالاجماع وما في البيع فلا ان الرجوع الخ وترك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عينه حتى جاز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضامنا لسلامة

وبخلاف الاجنبي فانه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حربة العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترى فاني عبد إما أن يدعى الحرية أولاً والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية وال جواب أن قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حربة الاصل الحرية بعناق عارض فان أراد الاول فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرع من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كافي عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً (٣٠٧) والثاني ما قاله بعض المشايخ ان

الدعوى وان كانت شرطاً في حربة الاصل أيضاً عنده لكن يعدر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذا المولى يستند به فسر بما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلفة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانهم يتقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق وربما لم تكن عامة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لانه فمادونه أمكن أن يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أنقته المرأة بينتهما قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل

وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور وتظهر مسئلة تناقض المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقتيته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حربة العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حربة الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتراف فالتناقض لا يمنع لاستبعاد المولى به فصار كالمختلفة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة

ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله فمات لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عذراً بالاطلاق (وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله) فالرجل هو الذي اغترق المصنف (ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لأن الدعوى) أي دعوى الحرية (شرط) في القضاء بينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برفقه فأوجب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهما في دعوى الحرية مطلقاً (لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم اخواته وبناتها وحرمة الفرع حقة تعالى والدعوى ليست بشرط في حق الله تعالى كافي عتق الامة حتى إن الشهود محتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لا تحتاج في القضاءهم الى الدعوى واذا لم تحتاج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أي الدعوى (شرط مطلقاً في حربة الاصل ودعوى الاعتراف في المكاتب والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة في حربة الاصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حربة الاصل (لخفاء) حال (العلوق) فانه يسي مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيفسر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعي الحرية وفي الاعتراف العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد بغيره بالرق ثم يعلم فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعدر فيه (وصار كالمختلفة تقيم البينة على تطليق) الزوج ابانها (ثلاثاً قبل اختلاعهما) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة) تقبل مع أن اتفاقهم على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فتراجع المرأة والمكاتب يسدل الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوباً فقطعه قيصاً وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القيص لي واثبته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد

الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامة البينة على ما ادعيا

(قوله لتضمنه تحريم الى قوله الى تعيين الأم) أقول أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضاً كافي تحريم فرج الاخوات والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أي في حرمة الفرع (قوله لم يكن التناقض مانعاً) أقول اذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية اذ لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تذكري الضمير اراجع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعي وهذا مطرد في المصادر المؤثثة أو في تأويل الادعاء وباعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذ فرض المسئلة فيما اذالم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت السنة عليه

قال (ومن ادعى حقا في دار) قال (ومن ادعى حقا في دار) من ادعى حقا في دار ولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الاذراع منها لم يرجع بشئ لان المدعى أن يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها بشئ يرجع بحسابه اذا التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لان البديل يقسم على أجزاء البديل (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة) قالوا ودلت أيضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البيعة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تسع وتقبل البيعة

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز) أقول وسيجيء أيضا في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي

قال (ومن ادعى حقا في دار) (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الاذراع منها لم يرجع بشئ) لان المدعى ان يقول دعواي في هذا الباقي قال (وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها بشئ يرجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببديله عند فوات سلامة البديل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة والله تعالى أعلم بالصواب

على ملك البائع لانه لو كان ملكا في الاصل انقطع بالتقطع والباطلة كن غصب ثوبا فقطعه وخطه ينتقل ملكه المصوب منه الثوب الى الضامن فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع السكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصبا بملكه لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا الواشتراه منذ شهرين فأقام رجل بيعة انه له منذ شهر يقضى به اليه ولا يرجع على بائعه وعرف ان المعنى أن يستحقه باسم القبض ولو كان أقام البيعة انه كان له قبل هذه الصفة يرجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطعنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها واولحها فأقام البيعة رجل آخر أن الرأس والأطراف واللحم والجلد له ف يقضى به ارجع المشتري على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقا في دار) أي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحققت (الدار الاذراع عالم يرجع) على الذي صالحه (بشئ) لتسكنه من أن يقول مرادى من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي ادعيه هذا الباقي (ولو) كان ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها بشئ يرجع بحسابه لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببديله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على (أن الصلح عن المجهول على المعلوم جائز) لان البراءة عن المجهول جائز عندنا (لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة) والاخر أن صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة للجهالة المدعى به ولذا لو أقام به بيعة لا تقبل أما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البيعة (فروع) اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر خلاف فشكل ليس له في شئ من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فشكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبيعة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو أقام المشتري بيعة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه فان اقدمه على الشراء اقراره بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنه حره الاصل وهي تدعى ذلك أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعهما لا يمنع صحة الدعوى ببيع عقارا ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتراف ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل ولو برهنت أمة في يد المشتري الاخير أنها ممتعة فلان أو مدبرته أو أم ولدته يرجع البطل الامن كان قبل فلان * اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري والبائع والمدعى يدعيه ما فشرط القضاء عليهم ما حضروهما ولو قضى له بهما بحضورهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعهما من البائع ثم هو باعهما من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينفذه ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعهما منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري انه نودا القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحققت من يد مشتري برهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لأن بيع الفضولي ضرورة من صور الاستحقاق لأن المستحق إنما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فأنا باعك بغير إذنني فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خبر فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالملك بالخيار الخ) ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالملك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ وهو مذهب مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن أحمد لم ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنهم بالملك أو بأذن المالك وقد فقدوا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لأن الانعقاد لا يكون إلا بالولاية الشرعية

فصل في بيع الفضولي
(قوله لأن بيع الفضولي صورة الخ) أقول لأن الاستحقاق قد يكون بالهبة (قوله لأن المستحق إنما يستحق الخ) أقول كلمة إنما لا تلائم قوله صورة من صور

فصل في بيع الفضولي قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالملك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنهم بالملك أو بأذن المالك وقد فقدوا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية

ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل ولو استهلكه أو رده لا يقبل ولو أفرغ عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت به يمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون إقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعى لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضى بالقرار لا بالبينة لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما دعه فقبل أن يقضى القاضي للمدعى بيمينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعى يقضى بالبينة أو بالقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالقرار وبعضهم قالوا بالبينة لأن المدعى حين أقام البينة كان المدعى عليه منكرًا واستحق المدعى القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق بإقراره قال الأول وأظهر وأقرب إلى الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين لأن تخصص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضي إلى القضاء بأحدى الجانبين بعينها فيحصل أنه إذا ثبت الحق بالبينة والقرار ينبغي على ما جعله الاظهر أن يقضى بالقرار وإن سبقته إقامة البينة غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغي أن يعترف قضاء به ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرد إليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التنازل ولو لم يتردد ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلًا لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشروط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه منى اشتراه منى فإذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه بإقراره أنه باعه منه والله أعلم

فصل في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لأن دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لأنه يتضمن إمداد عاوه أن بائعك باع ملكي بغير أمرى اغصبه أو فضوله وأحسن الخارج الملتص به فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية فيه فيقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالملك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعي لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنهم بالملك أو بأذن المالك وقد فقدوا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية) وصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد البيع الذي تجرى فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لأن الحادث ثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك التمهيد هذا وهو قول حكيم يارسول الله إن الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي

الاستحقاق (قوله لأنهم بالملك أو بأذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذلك

ولمّا انه تصرف تملك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بان عقاده أمانه تصرف تملك من قبيل اضافة العلم الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تملك ولم يقل تملك لان التملك من غير المالك لا يتصور فان قبيل تصرف التملك شرع لاجل التملك فان المراد بالاسباب (٣١٠) الشرعية أحكامها فاذا لم يقدّر التصرف التملك كان لغوا فالجواب ان الحكم ثبت بقدر دليله

وهذا التصرف لما كان موقوفاً لما نذكر أفراد حكمه موقوفاً كما ان السبب البات أفراد حكمه باناً أو ان السبب انما يكون لغوا اذا خلا عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار وأما صدوره من الاهداء فلا ن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ وأما المحل فان محل البيع هو المال المتقوم و بانه عدم الملك للعاقدي المحل لا لعدم المالمية والتقوم ألا ترى انه اذا باع به باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلاً وأما وجوب القول بانه عقاده فلا ن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمنع الامناع والمناع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين أما الملك فلا نة مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وأما الفضولي فلا ن فيه صون كلامه عن الالغاء وأما المشتري فظاهراً فثبت القدرة الشرعية تحصيل الالهذه المنافع فان قبيل القدرة بالملك أو بالاذن ولم يوجد

ولمّا انه تصرف تملك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانه عقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيل الالهذه الوجوه

قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعته من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحنف عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به أختيه فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى تباريح فيه وروى أنه صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً الى حكيم بن حزام ليشتري به أختيه فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فأما الشاة فضع بها وأما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحة في الاجازة فيجيز فعله أو عدمه ما في بطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات أما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفو الثمن وقراره ونفاق سلمته وراحته منها ووصوله الى البذل المطلوب له المحبوب والمشتري ووصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدّها اذا كان مهماله والعاقدين صون كلامه عن الالغاء والاهداء بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاختيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيراً لكل من جماعة عبد الله من غير ضرر ركان الاذن في هذا العقد بائناً لانه اذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر بشئ منه أصلاً وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرقين بأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذه أصل لقياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة يفتي أن ينفذ العقد لانه قول الثابت دلالة مالا ضرر فيه وذلك هو الالغاء عقاده موقوفاً على رأى المالك فثبت بهذا القدر فأما نفاذه بل رأيه ففيه اضراره اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز زاعده المحل فان الطير ليس بمملوك أصلاً قبله وماليس بمملوك لاحد لا يكون محلاً للمبيع وبيع الا بقى ينعقد فاسداً وهو عندنا مفيد للمالك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فانه انزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلاً اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضررها فان عقد النكاح شرع للتراحيم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف مالواشترى أو زوج أمته فان هذه التصرفات تتوقف على اجازة وليه أو اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب أن يبلغوا لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقاً بل هو مرجوف لا يلزم عدمه وكون متعاقب العقد مرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعناق بالشرط والافلا ووقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يبلغى لكن لما كان بحيث يرجح صح وانه قد سبب في الحال مضافاً وعند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف تملك)

المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصى القيم بمثل المال البتيم وملكه بالمبيع بالاتفاق وأيضاً اذا كان من اضافته من قبيل اضافة العلم الى الفقه يكون قولنا تصرف تملك في معنى تملك اذ معناه حيث تصرف هو تملك (قوله فلا ن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الاولى هو القصر على العقل على ما سيجي في المأذون ليشتمل بيع الصبي العاقل الفضولي

لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع الى قوله لا يعتق بدون الملك وقوله (ولأن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع) وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذا اذا اعتق ينبغي أن يكون كذلك مع ان البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلأن لا ينفذ غيره أولى (قوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك) فيه (ثبت موقوفا) والاعتاق يجوز أن يثبت موقوفا (٣١٤) على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أمانه ثبت فلو جرد المقتضى وهو

لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولأن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما هو فتوقف الاعتاق مرتب عليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك

الملك الكامل (لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري) شرط (الخيار للبائع ثم يجيز البائع) البيع (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع أسرع نفاذا) من العتق (حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان) بعد ان باع (وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا أجزى لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي أمرا امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الا ان طلقت حينئذ والا (ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما هو) أول الباب (فيثبت الاعتاق موقوفا مرتب عليه ثم ينفذ بنفاذه) ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذا الخيار منع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقر بكسر اللام والفتح أصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا أعتق ثم أدى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوع لافادة الملك انما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يمتد الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا أجزى يثبت الملك في المنفصلة والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فاما لا يصح منه لبطان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مان فوريته في ذلك كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والافقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كاعتاق المشتري من الراهن) فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتين أو فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين

التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولا تنفاد المانع وهو والضرر وأمانه موقوف فلما تقدم وأمان الاعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك في القياس على اعتاق المشتري من الراهن يجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك يجامع كونه اعتاقا موقوفا في ملك موقوف وهذا أبعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار بقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب اعم لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة

الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه برده عليه أن يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب (واما) أن لا ينفذ بيعه أيضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لمان كلام من جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والمالك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في الميسر

لا يصح ان يعتق الخ) أقول وعندي معنى قوله ولهذا أى ويكون المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند قال المصنف (ولهما ان الملك ثبت موقوفا الخ) أقول لعلمهما بقولان في الجواب عن تعلقه بالحدث ان المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكا تاما وان عم العتق للنافذ وغيره يعم الملك ايضا بالافرق فليستأمل (قوله وهذا أبعد من الاول الخ) أقول لان الاول البائع مالك لرقبة المسموع والموقف لحق المرتين

وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لاحقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق لحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أى غير موضوع لافادة حقيقة الملك اتساوى الكلامان على انه ليس بواردان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس عطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرر بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينقضه أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان الاجازة ثبتت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف الثاني أن طرأ الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بديل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الاول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق (٣١٥) المالك بل يوجد من الفضولي

والمنع انما يكون بعد الوجود أما المالك اذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لماذا كرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود دفع لا يمنع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرأ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما اذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة وتقر به

بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس عطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة ثبتت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله وأما اذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح

وأما عتق المشتري من الغاصب (اذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانا حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالأصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولا يشترعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى ان نجعله سببا في الحال متأخر حكمه ان أمكن فالبيع ليس مما يتعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد وأما التفويض فيجتمتع التعلق فيجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعند هاشب التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا للملك الطلاق بل الملك المنفعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصود الان شرعيته لصد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك البناء على ثبوت المقصود أولا

أما اذا أدى الغاصب الضمان فلان سلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستندان يملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد

(قوله ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد) أقول يعني الغصب يفيد حكم الملك (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول انما قال ثم أدى الضمان لانه لو ملك الغاصب المخصوص من جهة المالك يبيع أو هبة أو وارث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله كذا في فتاوى التمر تاشي في باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول فسر العلامة السكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أي بعد وجود التعارض ومنه ينتبه لدفع نظر الشارع فتنبيه (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود دفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن ان يخفى على أحد لاسيما اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما ان العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث لزوم الوقف يحتاج الى أمور غير لفظ وقت بخلاف الاعتاق

قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري ارشها ثم أجاز المالك البيع فالأرض للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسل المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقرا فيها والكسب والارض والولد اعلى الاصل واعترض بما اذا غصب عيدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفصولي اذا قال لامرأة امرأتي ببيدك فطلعت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صرح التفويض دون التطبيق وان ثبتت المالكية (٣١٦) لهما من حين التفويض حكلا لاجازة وأجيب عن الاول بان الملك في المغصوب

قال (فان قطعت يد العبد فأخذ ارشها ثم أجاز المولى البيع فالأرض للمشتري) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعدول ان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرض للمشتري بخلاف الاعناق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه

وهو منتف هنا ولو ثبت لكان ليس الاصحه وقوع الطلاق بخلاف ملك البين فانه يجوز ان ينعقد مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فان لم نوقعه قبل الملك فحصل الخلاف كما قال الامام القاسمي يرجع الى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعناق لافي ملك فيبطل كالأبوعه المشتري من الغاصب وعندهما بوجه موقوف لان الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لافي توقفه وبعد المقدمة الفائلة في كلام محمد ان المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيه بابطاعه ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فان قطعت يد العبد) أي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب ولم أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للأرض فأخذ ارشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب ولم أن لا يكون أحدهذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا النزع ولم أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز فذهي أربعة فروع تنفرع على اجازة بيع الغاصب أولها ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فأخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذا لم يفت المعقود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا حقه الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للمالك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما ثبت الملك مستقدا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم (يتصدق) هذا المشتري (بما زاد) من ارش اليد (على نصف الثمن لانه) أي ما زاد على نصف الثمن

ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بأن الأصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخر احكامه الى وقت الاجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من النصولي معلقا بالاجازة فعندهما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجب الزا اعتاق في الملك الموقوف لما انه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب

حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعدول الى الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجهه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب (لم) اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد رقية فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجهه بخلاف الاعناق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بطلاق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعناق - تتعلق بقوله ان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا المالك من وجهه دون وجهه وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه (قوله وقيل بخلاف الاعناق) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وهذا أقرب) أقول أي معنى وان كان أبعد لفظا

لم يدخل في ضمانه لأن ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستنداً إلى وقت البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي إن لم يكن المبيع مقبوضاً وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجهه دون وجه وهذا كما ترى (٣١٧) توزيع الوجهين في الكتاب على

الاعتبارين قال (فإن باعه المشتري من آخر الخ) يعني إن باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا من الإجازة ثبتت للبائع ملكاً بالملك البات إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به قبل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً لأنه يحتمل أن يجزى المالك بيعهما وإن لا يجزى مع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفاً وأجيب بأن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر إلى الغرر يفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز قفلنا بالجواز الموقوف عملاً بما لا يقال الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل

لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرراً لانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر

(لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا أن اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لأن ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف دية وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لأنه إنما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهاً آخر وهو أن (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الارش يثبت يوم القطع مستنداً إلى يوم البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه ما وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد ولوقيل شبهة عدم الملك إنما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بانقراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقاً فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إلا لتقيد شيئاً وزع في الكافي الوجهين فقال إن لم يكن العبد مقبوضاً وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود أي الملك حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجهه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب أعق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه أي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو (حجة على محمد) يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجوز اعتاق المشتري من الغاصب إذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه إعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش المالك بملك موقوف (والعذر له) أي جوابه بالفرق (بأن الملك من وجهه يكتفي لاستحقاق الارش كالمالك إذا قطعت يده فأخذ ارشها ثم عجز (رد في الرق) فإن (الارش للمولى) مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجهه لا من كل وجه (وكذا إذا قطعت يد العبد في المشتري واختياراً للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ماهر) حيث لا يكتفي فيه الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول) أي بيع الغاصب (لم يجز البيع) أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لأن الإجازة تثبت للبائع ملكاً باتاً إلى آخره (ولأن فيه غرراً لانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول) أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فإنه) أي الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشتري لو أعق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن أبي حنيفة أنه

فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقاً يستلزم اعتبار التروك أجماعاً وهو أن لا يصح بيع أصلاً لاسيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بل لا المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسامعاً بعارضه إذا المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر فجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأنه لا يؤثر فيه الغرر ألا ترى أن البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح

(قوله إذا المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر) أقول فيه تأمل (قوله لغرر الانفساخ فلم ينعقد) أقول منظور فيه فإن الشراح صرحوا في كتاب الأكرام أن المغصوب منه إذا أجاز بيعاً من البيوع لوتسامحت المغصوب العقود نفذاً بأجازة خاصة ولو لم ينعقد لم تنفذ

قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري ارشها ثم أجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب ليكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقرا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون والفضولي اذا قال لامرأة امرئ يبدلك فطلعت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صرح التفويض دون التخليق وان ثبتت المالكية (٣١٦) لها من حين التفويض حكما للاجازة وأجيب عن الاول بأن الملك في المغصوب

قال (فان قطعت يد العبد فأخذ ارشها ثم أجاز المولى البيع فالارش للمشتري) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش كما يكتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه

وهو متفق هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك اليمين فانه يجوز أن يعقد مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فانما لم يقع قبل الملك فحصل الخلاف كما قال الامام القاضى يرجع الى أن بيع الفضولي لا يعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لافي ملك فيبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما بوجبه موقوف لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير دفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لافي توقيفه وبعد المقدمة القائلة في كلام محمد ان المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيه برفع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فان قطعت يد العبد) أي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فأما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب وإما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فأخذ ارشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب وإما أن لا يكون أحدهذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي بلى هذا النزاع وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز فلهي أربعة فروع تنفرع على اجازة بيع الغاصب أولها ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فأخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذا لم يفك المعقود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما ثبتت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم (يتصدق) هذا المشتري (بما زاد) من ارش اليد (على نصف الثمن لانه) أي ما زاد على نصف الثمن

ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الادعاء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بأن الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندهما ثبتت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فيجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كأنه وجد الا أن فلا ثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجوز الاعتاق في الملك الموقوف لما نه لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب

حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعذر اى الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجهه كاف لاستحقاق الارش كما يكتب (لم) اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجهه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجهه دون وجهه وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه

لم يدخل في ضمانه لأن ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستنداً إلى وقت البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي إن لم يكن المبيع مقبوضاً وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجهه دون وجه وهذا كما ترى (٣١٧) توزع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين قال (فإن باعه

لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولا في غير الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر

المشتري من آخر الخ) يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا بالاجازة ثبت للبائع ملك بات والمالك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قبل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً لأنه يحتمل أن يجزى المالك بيعهما وان لا يجزى مع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفاً وأجيب بأن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر إلى الغرر يفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز قتلنا بالجواز الموقوف عملهما لا يقال الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل

(لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا ان اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لأن ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديتته وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لأنه انما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهاً آخر وهو ان (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الارش يثبت يوم القطع مستنداً إلى يوم البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه لو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن الا بانفراد دفعه بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقاً فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا تفسد شيئاً وزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضاً وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود أي الملك حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجهه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب أعنت العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه أي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو (حجة على محمد) يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجوز اعتاق المشتري من الغاصب اذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه لا اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش مملوك بملك موقوف (والعذر له) أي جوابه بالفرق (بأن الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش كالمالك اذا قطعت يده فأخذ ارشها ثم عجز فردي الرقفا) ن (الارش للمولى) مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجهه لا من كل وجه (وكذا اذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على مامر) حيث لا يكفي فيه الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول) أي بيع الغاصب (لم يجز البيع) أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لأن الاجازة تثبت للبائع ملكاً باتاً إلى آخره (ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول) أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فإنه) أي الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشتري لو أعنت العبد قبل قبضه يجوز ولوا بعه لا يجوز وقد روي عن أبي حنيفة أنه

فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقاً يستلزم اعتبار التروك اجتماعاً وهو لا يصح بيع أصلاً لاسيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بل لاك المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسامعاً بما عارضه اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر فتحذر البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينفعه بخلاف الاعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله لأنه لا يؤثر فيه الغرر لا ترى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح

(قوله اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر) أقول فيه تأمل (قوله لغرر الانفساخ فلم ينفعه) أقول منظوره فيه فان الشراح صرحوا في كتاب الاكره ان الغصب منه اذا أجاز بيعاً من البيوع لو نساخت المصنوب العقود نفذ ما أجاز خاصة ولو لم ينقض لم تنفذ

(وان أقر البائع بذلك) أي بأنه باعه بغير أمره (بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار) ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقر به صح اقراره الا أن الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهم فجاز ان ينقض وذكّر المصنف رحمه الله مسألة الزيادةات نقضاً على مسألة الجامع الصغير ونص ورها ما قبل رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم أقام البينة على البائع انه أقر بأن المبيع لهذا المستحق تقبل البينة وان تناقض في دعواه قال (وفرقوا) أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادةات (بأن العبد في هذه المسئلة) أي في مسألة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالماً فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسألة الزيادةات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالماً للمشتري فيثبت له حق الرجوع (وفي تلك) (٣١٩) لو جردان شرطه قبل في هذا الفرق

نظر لان وضع المسئلة في الزيادةات أيضاً في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والأولى أن يقال ان المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم تقبل التناقض وفي مسألة الزيادةات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهنة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك

(وان أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار وللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهم فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه الله وذكّر في الزيادةات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على اقرار البائع انه المستحق تقبل وفروا وان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالماً للمشتري

الزيادةات بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والرد ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولذا صح اقراره بالشيء بعد انكاره اياه الا أن الاقرار حجة قاصرة يعني انما ينفذ في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذ عليهم فلهذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضاً باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد بفسخ القاضي أنه يرضى اقرارهما لأن الفسخ يتوقف على القضاء وفروا وان صاحب العبد اذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامه ما اقرار منه بما لا امره فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لانه ويبطل عن المشتري الثمن لا مرفق في قول أبي حنيفة ومحمد وعنده أبي يوسف يبيع في ذمة المشتري لا أمر ويرجع المشتري على البائع ثم للثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد وملك الاقالة بغير رضا الأمر وعلى قول أبي يوسف لا يملك (قوله وذكّر في الزيادةات) الى آخره صورة مسألة الزيادةات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاهما مستحق كان المشتري خصماً لانه يدعيها لنفسه فان أقر بهما للدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بهما لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه خلاف فنكّل فقضى عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كافاره فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه به عيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار في النكول لانه امتنع عن البين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطراً فلا يضطر اتمام الحلقه بعميل بأمره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير أما الوكيل فضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري أنا أقيم البينة انه المستحق لارجع على البائع لا يثبت اليه

ويشهدون به ومثل ذلك ليس عيبان كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قبل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بأن المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العتد أصلاً ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبطل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة والالزام بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجه دون وجه فبطلناه متناقضاً في مسألة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم يجعله متناقضاً في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملاً بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه

(قوله قبل في هذا الفرق نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وما قبل الى قوله يجاب عنه بأن المشتري الخ) أقول هذا الجواب مذكور في الجواب به وزيادات قاضيه ان يجاب عنه خبر لقوله وما قبل ان التناقض الخ (قوله متناقضاً من وجه) أقول أي من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول أي من حيث الحقيقة والله أعلم

لانه مناقض في دعواه لان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبهذه البيئة ناقض
فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبدا و قبضه وتقد الثمن ثم أقام البيئة ان البائع باع
العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بيئته مع انه مناقض ساع في نقض ماتم به والثانية ماروى
ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بيئته انه كان دبرها
أو استولدها قبلت بيئته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع
في نقض ماتم به وفرق أما في مسألة الواهب فالفرق ان تناقضه قيمه هو من حقوق الحرية كالتدبير
والاستيلاء والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى
الحرية لانهم ما عاقد يخفى على المتناقض المدعى بها بعد اقراره بالرق والتنازل بنفسه للتدبير مثلا
والاستيلاء لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلائه ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم بيئته وأما في
مسألة المأذون فبأنه لو أقام البيئة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على اقرار البائع انه
ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانه قال الملك الى المشتري ثم مسألة الاستحقاق لو أقامها على
اقرار البائع انهم الله مستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك
ويثبت ماليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا
تصديق الخصم ويجوز ان تقبل البيئة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماءنا فمين في
يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البيئة انه افلان الغائب لا تقبل بيئته ما لم يدع الوصول اليه من
جهة الغائب ولو أقامها على اقرار المدعى تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزيادات
بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية وهو انه لا تقبل بيئة المشتري على اقرار البائع انه لم
يأمره كالاتقبل على دعواه انه لم يأمره بأنه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو
سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعى بحق
الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعى بالنفسه حق الرجوع
قال ولا يقال في مسألة المأذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بيئته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا
أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضا في أن الجارية
في يد المشتري كما سمعنا فلاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسألة الجامع محمولة
على ان المشتري أقام البيئة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد
لم يأمره بالمبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع
ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية
عن التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسألة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم
تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فتقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد
غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البيئة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد
المبيع قال محمد تقبل بيئته ويبطل البيع الاول ومن فروع مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات
ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق أو ليست له اجابه القاضي الى ذلك لانه يدعى انه
مظالم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضي فان أقر بذلك ألزمه الثمن وان أنكر وطلب
المشتري تخليفه أجابه القاضي الى ذلك فنهى من قال انما يخلفه لانه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فاذا
جحد يستلف كما في سائر الدعاوى فانه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه
انه ملك المستحق انكار ذلك والى هذا لا تقبل بيئته وكالاتقبل البيئة الابعة دعوى صحيحة لا يستخلف

الابعـد دعوى صحة دل عليه ما في المأذون اشترى عبد شياً ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فاراد
 العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستخلف خصمه وان اقربه البائع يلزمه وذ كر في الجامع
 ان المشتري لو اراد استخلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل أن تبيعه منى لم يكن له ذلك وان اقربه
 البائع يلزمه والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلاً ولا الثمن
 فان بيع مال الغير منع قد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من
 حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجهه دون وجه فجعلناه مناقضاً في حق البينة ولم نجعله مناقضاً في حق
 اليمين ليكون عملاً ما والعمل على هذا الوجه أولى لان البينة حجة متعددة فلو لم نجعله مناقضاً في حقتها
 يلزمنا أن لا نجعله مناقضاً في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسألة المأذون لان العبد منكر لحكم
 العقد أصلاً لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضاً من كل وجه وبخلاف مسألة الجامع
 لان نعمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للمصنف في الترق قال ولو
 لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الاصل فان أقر المشتري بذلك أو استخلف فذلك وقضى القاضي
 بحريتها لم يرجع المشتري على البائع أما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره
 ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستخلف فنسلك غلط من
 الكتاب لان الاستخلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة وعندنا ما يجري الا أن اليمين
 تكون على الامة فلا معنى لقوله فأبى المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما
 اذا بيعت الامة وسلمت فانقادت لذلك فأنقدها كقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق
 العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهـد له فلو أن المشتري أقام البينة على البائع أسـما
 حرة قبلت بيئته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض
 في فصل الحرية لانه فيها يظهر بيئته أنه أخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي اذعقاد
 العقد وملك اليمين للبائع فكانت البينة مظهرة أن اقدمه على الشراء لم يكن اقراراً بانعقاد العقد فلا
 يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بيئته المشتري انها
 المستحق لا يظهـر بيئته أنها المستحق لان اقدمه على الشراء اقرار بملك اليمين للبائع ومع بقاء ذلك
 الاقرار يتحقق التناقض وبصـير مكذباً بشهوده ساعياً في نقض ما تم به والوجه الثاني انه مناقض في
 الفصلين الا أن هـذا تناقض لا يحتمل النقص فلا يمنع صحة الدعوى كالزوج امرأته ثم أقامت البينة
 انها أختـه من الرضاع أو أقامت البينة انه طلقها ثلاثاً ثم تزوجها قبل أن تنسكح غيره وكذا لو أعتق
 عبده على مال ثم أقام العبد البينة انه اعنته قبل ذلك قبلت واختلف أصحابنا رجحـم الله فمين باع
 رضا ثم أقام بيئته انه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال
 تقبل لانه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذ كر أبو بكر الرازي رحمه الله انما تقبل
 بيئـة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفر ج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان من الامة
 عـبد على قول أبي حنيفة لا تقبل وعلى قوله ما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير
 دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته أعنتها أو دبرها أو ولدت منه فأقر المشتري
 بذلك أو أبى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان أقام المشتري البيـنة على البائع
 بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بيئته ويرجع عليه بالثمن لانه يثبت بيئته
 أنهم لم تدخل في العقد فكان مدعي الالدين فلا يكون مناقضاً فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء
 بينهم ما لا تقبل بيئته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلاً للعقد والاعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق

قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسألة غصب العقار وسنبينه ان شاء الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

قال (ومن باع دارا لرجل) قيل معناه باع عرصه غيره بغير أمره (وأدخلها المشتري في بنائه) قيل يعني قبضها وانما قيد بالدخول في البناء اتفاقا (لم يضمن البائع) أي قيمة الدار (عند أبي حنيفة) وهو قول أبي يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار على ما سيأتي

(قوله ومن باع دارا لرجل) أي عرصه غيره بغير أمره وفي جامع نحر الاسلام معني المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما أدخلها المشتري في بنائه فكذب المشتري (لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبي يوسف آخرا) وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار هل يتحقق أولا عند أبي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن (فروع) تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فأجزا معا ثبت الأقوى فتصير ملكا لازوجه ولزوجها من رجل فأجزا بطلا ولو باعها من رجل فأجزا نصف بينهما وما يخبر كل منهما بين أخذ النصف أو الترك ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو وزوجه فأجزا معا ثبت الأقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى وكذا ثبت الهبة اذا وهبه فضولي وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لان الامة بخلاف غيرها والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع فقيم لا يبطل بالشيوع كهبه فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيما أخذ كل النصف ولو تباع غاصبا عرضي رجل واحده فأجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينقد فلم تلحقه الاجارة ولو غصب من رجلين وتباعا وأجاز للمالك جاز ولو غصبا لثنتين من واحد وعقد الصرف وتفاضل اثم اجاز جاز لان النقص لا تعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستأجرانه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن فلا وصل الى المالك بوفاء الدين أو البراء أو فسخ الاجارة أو تمام المدة ثم البيع ولو لم يجز فالللمشتري خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستأجر فسخ البيع بخلاف ولا للرهن والمؤجر وفي المرتن اختلاف المشايخ وفي شجوع النوازل بيع المقصوب موقوف ان أقر به الغاصب أو كان للغصوب منه يئنة عادلة ولو أجاز ثم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لانه خلف بدلا والاول أصح وروى ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء الغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم بالمشتري مقام البائع في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وابعاه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف ببيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شرأوه على اجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاني وكذا الذي باع سفيه أو المعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فملك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صححت اجازتهم وبطل الثمن على الغرماء وان أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارثه يتوقف على اجازة الورثة أو صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

﴿باب السلم﴾

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف ليكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من الركب وهو في اللغة عبارة عن نوع يبيع بمجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بأجل قيل فهو بالمعنى اللغوي إلا أن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل يبيع بأجل بعاجل لا يدفع ذلك وركنه الإيجاب والقبول بأن يقول رب السلم لا أخراست اليك عشرة دراهم في كرتحنة أو أسلفت فيقول لا أخراست ويسمى هذا رب السلم والأخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الإيجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرط جواز مبيد كرفي أثناء كلامه (٣٣٣) إن شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع

بالكتاب الخ) السلم عقد مشروع عدل على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه معناه إذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوما ووجه الاستدلال (ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما) أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أى في السلف على تأويل المدائنة (أطول آية في كتاب الله وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بالآية) فإن قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناولها فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقدرة للسلف كافي قوله تعالى يحكمهم بها النبيون الذين أسأوا ومعناه الواجب في الذمة

﴿باب السلم﴾

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة فقد قال ابن عباس رضى الله عنهما ما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية

﴿باب السلم﴾

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه ما يبيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو عين بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط في الآخرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدما انتقالاتا بدرج وخص باسم السلم لتحقيق إيجاب التسليم شرعا فيصدق عليه أعتى تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم البقي لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له ويعرف عما ذكر أن معناه الشرعي بيع أجل بعاجل وما قيل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا انه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم اليه بعثك كذا حنطة بكذا إلى كذا ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشترت منك إلى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان وصحة المذهب عنه غير الوجه لأن العبرة للمعنى ومعنى أسلمت اليك إلى كذا وبعثك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس فذلك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيد كر المصنف شرائطه وأما حكمه فمقبول المالك للسلم اليه في الثمن ولرب السلم في السلم فيه الدين السالك في الذمة أما في العين فلا يثبت القبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرع كأن الثمن بسلفه المشتري للبائع ليقضيه إياه وجعل إعطاء العوض للسلم اليه فيه قضاء كأنه هو إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مقلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالكا وصحة هذا الاعتبار متوقف على غلبته نواته عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة) أخرج الحاكم في المستدرک بسنده وصححه على

﴿باب السلم﴾

(قوله أخذ عاجل بأجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي إذا الأصل هو عدم التغير إلا أن يثبت بدليل (قوله قيل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب الثمالية (قوله ورد بأن السلعة) أقول الرد لا تقاى (قوله ولو قيل يبيع بأجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الاتفاقى (قوله فإن قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول إن أراد أنه لا معتبر به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك وإن أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لمساعد ذلك السبب فسلم ولا يفدده إلا بنازع أحد في تناوله للسبب وإن نوزع في تناوله فغيره كما لا يخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محتمل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ماروى عن ابن عباس فناقض آخر كلامه أولا

أنه نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس بأن يباؤه. وكما تكرر كناه عمار وبنائه ووجه القياس أنه يبيع المعدوم إذا لم يبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم قلبه لم يكل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والمراد بالموزونات شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزاه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الأعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى الخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جمعاً بين مقررين وقوله مسمى أي معين (و) كذا (بالسنة) الآن لفظ الحديث كذا كره المصنف فيه غرابة (وهو والله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم) وإن كان في شرح مسلم لا قرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مر كمن حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع إلى أن قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه السنة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والسنين والثلاث فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال إن كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الخنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس أذهب بيع المعدوم وجب المصير إليه بالنص والاجتماع للعاجلة من كل من البائع والمشتري فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل إذ لا بد من كون المبيع نازلاً عن القيمة فيرجحه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المأبأة فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قوله السلم على خلاف القياس لأنه يبيع المعدوم قال بل هو على وفقه فإنه كالابتعاث بثن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجان القرآني ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالخاسل أن قياس السلم على الابتعاث بثن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدّر على تسليمه عادة مع الخلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاماً وحاصله مبني على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وإن قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل أنه هو نفسه يبيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه وكونه معدوماً لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبر في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أي فرق إلى آخره فيمد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل للورود فانه عدمه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعاً مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة للناس لا يثبت أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع

(قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فإن وجوب الوصف شرعاً يتضمن جواز موصوفه شرعاً هذا هو مراده ظاهراً (قوله فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول وأيضاً من الحديث الشريف تعلم طريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك إلا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة

وبالسنة وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس وإن كان يباؤه. وكما تكرر كناه عمار وبنائه ووجه القياس أنه يبيع المعدوم إذا لم يبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم قلبه لم يكل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والمراد بالموزونات

شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزاه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الأعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى الخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جمعاً بين مقررين وقوله مسمى أي معين (و) كذا (بالسنة) الآن لفظ الحديث كذا كره المصنف فيه غرابة (وهو والله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم) وإن كان في شرح مسلم لا قرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مر كمن حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع إلى أن قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه السنة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والسنين والثلاث فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال إن كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الخنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس أذهب بيع المعدوم وجب المصير إليه بالنص والاجتماع للعاجلة من كل من البائع والمشتري فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل إذ لا بد من كون المبيع نازلاً عن القيمة فيرجحه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المأبأة فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قوله السلم على خلاف القياس لأنه يبيع المعدوم قال بل هو على وفقه فإنه كالابتعاث بثن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجان القرآني ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالخاسل أن قياس السلم على الابتعاث بثن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدّر على تسليمه عادة مع الخلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاماً وحاصله مبني على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وإن قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل أنه هو نفسه يبيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه وكونه معدوماً لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبر في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أي فرق إلى آخره فيمد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل للورود فانه عدمه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعاً مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة للناس لا يثبت أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع

غير الدراهم والدنانير لانهم ما ائتمنوا المسلم فيه لا يكون مثمنا بل يكون ممتنا فلا يصح السلم فيه ما ثم قيل يكون باطلا وقيل يتعقد ببيعنا بثن مؤجل
تخصيصا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للعاني (والاول قول عيسى بن ابيان والثاني قول ابي بكر الاعمش رحمهما الله
وهذا الاختلاف فيما اذا سلم حنطة أو غيرهما من العروض في الدراهم (٣٣٥) والدنانير لم يكن أن يجعل بيع حنطة

بدرهم مؤجلة بناء على
أنهما قصد اعادة الحنطة
بالدراهم وأما اذا كان
كلاهما من الاثمان بأن سلم
عشرة في عشرة دراهم أو في
دنانير فانه لا يجوز بالاجماع
وما ذكره عيسى أصح لان
التصحیح انما يجب في محل
أو جبا العدة وفيه وهما
أو جبا في المسلم فيه وهو
اذا كان من الاثمان لا يصح
تصحیحه لانها لا تكون
مثمنا وتصحیحه في الحنطة
تصحیح في غير ما أو جبا
فيه فلا يكون صحیحا قال
(وكذا في المذروعات لانه
يمكن ضبطها) أي وكجواز
السلم في المكيات
والموزونات جـ وازه في
المـ مذروعات لكونها
كل مكيات والموزونات
في مناط الحكم وهو امكان
ضبط الصفة ومعرفة المقدار
لارتفاع الجهالة بخلاف الحاقها
بهما وعلى هذا التفسير
سقط ما قبل الشيء انما يلحق
بغيره دلالة اذا تساوى
جميع الوجوه وایس المذروع
مع المكيل أو الموزون
كذلك لتفاوتهما فيما هو
أعظم وجوه التفاوت وهو
كون المذروع قيمة او هما
مثليان لان المناط هو ما ذكرنا

غير الدراهم والدنانير لانهم ما ائتمنوا المسلم فيه لا بد أن يكون ممتنا فلا يصح السلم فيه ما ثم قيل يكون
باطلا وقيل يتعقد ببيعنا بثن مؤجل تخصيصا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للعاني
والاول أصح لان التصحيح انما يجب في محل أو جبا العدة وفيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا في المذروعات)
لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصنة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم

وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله والمراد بالموزونات أي التي يجوز السلم فيها
(غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فان سلم فيها دراهم أو دنانير فلا تنافي أنه باطل وان سلم غيرها
من العروض ككترة حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلمها بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد
أن يكون مثمنا والثبوت ائتمن فلا تكون مسلمة فيها واذا لم يصح فهل ينفع ببيعنا في البكر والثوب بثن
مؤجل أو يبطل رأسا حتى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن ابيان (وقيل يتعقد
ببيعنا بثن مؤجل) ولا يبطل وهو قول ابي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابيان أصح
لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي أو جبا المتعاقدان البيع فيه لافي غيره وهما لم يوجبا الا في
الدراهم ولا يمكن تصحيح العدة باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجبا فيه فكان في غير محله الا أن الاول
عندي أدخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدرهم
مؤجلة وهذا من افراد البيع بل تأويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب
لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها
على الثوب المقابل بالخبر فيما اذا اشترى خرا ثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان المبيع
هو الآخر وهو مبطل باعتبار التحصيل غرضه ما أمكن (قوله) وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها
بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة وعرف
من تعليله هذا ان شرط الصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى
المنازعة فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبوارى اذا
بين الطول والعرض وفي الابضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد
ذكر الطول والعرض لانهم يختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما
خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وفي عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالسكمان كل ما ثقل ازدادت
القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة فان قيل ينبغي أن
لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المقيده لشرعيته
الا الكيل والوزن فلا يقاس عليه ما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تتبع ما ليس عندك
ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالخبر غير به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل
التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية
السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي
وهو لا تتبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييده بما اذا لم
يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لابعضه ليكون تخصيصا بما ليس

اذ الجهالة المنضبة الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا أو مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تتبع ما ليس
عندك فانه عبارة اختصت منه المكيات والموزونات بقوله من أسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تتبع فالجواب أنا لان السلم
صلاحية ما ذكرنا للتخصيص لان القرآن شرطه وهو ليس بوجوده لمنه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة

(قوله فالجواب أنا لان السلم صلاحية ما ذكرنا الخ) أقول هذا مانع لا يضر

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوتت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط
الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت
عنده بل كل ما ليس عنده بلاذ كر أجل على عمومته في منع البيع وكله مع ذكره يخرج من ذلك الحكم
لكن بشرط ضبطه ومعرفة مكان ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه
فالخامس ان كل ما مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بيعه بغير أجل وكون المذكور في
الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمر بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين
الأجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيان للشرط الصلة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث
وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلمون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من
أسلم في شيء يعني من هذه الثمار فليكن الى أجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن
ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة
على المقل الرابح فأنيط عظمة ذلك من الاقدام على أخذ العاجل بالأجل واعطائه وشرط الضبط
لدفع المنازعة والقعدة على التسليم ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزن للقطع بأن
سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ العاجل بالأجل وهي ثابتة من التوازن في
المذروع كما في أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء
الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة أعني دلالات
النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه
بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن
فليس يصح بل الذراع المعين يضبط كمية البيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس في الصنعة ونحن
ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان معصم للسلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى يضبط كما أن المكيل
ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لابد من ذكر الاوصاف معه فتأمل
هذا التقرير فان في غيره خبطا والله أعلم **(قوله)** وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض
أي يجوز السلم فيها عددا (لان العددي المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا
(والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان
التفاوت حينئذ لا يغير لاعتباره ولذا لا يتبع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين وهذا هو الضابط
في المعدود المتقارب وهو مروى عن أبي يوسف وعليه عول المصنف أعني ان ما تفاوتت مالهته متفاوت
كالبطيخ والقرع والمان والرؤس والاكراع والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عدد التفاوت في
المالية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلط ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات
والقراء فلا يجوز فيها الا بالذكريات وأجازوه في الباذنجان والكاغدة عددا لاهدار التفاوت وفيه
نظر ظاهر أو يحمل على كاغدة بالخاص والا لا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت اعلم في باذنجان
ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالاسلام في بيض
الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت وبشرط مع العدد
بيان الصفة أيضا فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين وعن أبي حنيفة انه
منعه في بيض النعام ادعاء لتفاوت أحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن ينظر الى
الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الاكل ليس غير كعرف أهل
البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ
في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها

(وكذا في المعدودات المتفاربة
وهي التي لا تتفاوت) أحادها
(كالجوز والبيض لان العددي
المتقارب معلوم مضبوط
الوصف مقدور التسليم)
فكان مناط الحكم موجودا
كما في المذروعات (بخاز السلم
فيه الحاقا بالكيل والموزن
والكبير والصغير سواء
لاصطلاح الناس على
اهدار التفاوت) فانه قلما
يساغ جـوز بفلس وآخر
بفلسين وكذلك البيض

(بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوتاً واحداً في المالية دون الأنواع وهذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كايحوز السلم فيها أى في المعدودات (٣٣٧) المتقاربة عدداً يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز

لانه عددي لا كيلى وعنه

أنه لا يجوز زعدداً أيضاً لوجود التفاوت في الآحاد وإنما أن المقدار مرة يعرف بالعدو وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزاً وكونه معدوداً باصطلاحهما فجاءها زاده والاصطلاح على كونه كيلياً (قوله وكذا في الفلوس عدداً) ذكره في الجامع الصغير مطلقاً من غير ذكر خلاف لأحد وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأما عند محمد فلا يجوز أى لا يجوز السلم في الفلوس لانها أثمان والسلم في الأثمان لا يجوز وله ما ان الثمن في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما الباطل هما باصطلاحهما ما إذا بطلت الثمنية صارت ممتناً تعين بالتعيين فجاء السلم وقد ذكرناه في باب الربا في مسألة بيع الفلوس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بن البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه ممتناً من ضرورة

بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً ويتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتقارب وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كايحوز السلم فيها عدداً أيضاً للتفاوت ولأن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما وكذا في الفلوس عدداً وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها أثمان ولهم ما ان الثمن في حقهما باصطلاحهما فبطل باصطلاحهما ولا يعود وزنياً وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن

بعد ذكر العدد الامع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو أهاده قال المصنف (وكايحوز عدداً في العددي المتقارب يجوز كيلاً) وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيل بل معدود وعنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته وأما كونه معدوداً فسلم لكن لم لا يجوز كيلاً مع أن اعتبار المقدار ليس الا بالضبط والضبط لم يخص في العددي بتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما بقي بين كل حوزتين وبيضتين من التخليل قلنا قد علمناه ورضي رب السلم فاعلمنا وقوع السلم على مقدار ما كيل هذا الكيل مع تخليله وانما يمنع ذلك في أموال الربا اذا قبلت بجنسها والمعدول ليس منها وكيلاً انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلاً مطلقاً لكونه ربواً واذا أجزأه كيلاً لا فوزناً أولى (قوله وكذا في الفلوس عدداً) أى يجوز السلم في الفلوس عدداً هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما عند محمد فلا يجوز بدليل منعه يبيع الفلوس بالفلسين في باب الر بالانها أثمان وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل واذا كانت أثماناً لم يجوز السلم فيها على ما ذكرناه وروى عنه أبو الوليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا الترخيص لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم من ضرورة السلم كون المسلم فيه ممتناً فاذا أقدمنا على السلم فقد تضمن إبطالهما باصطلاحهما على الثمنية ويصح السلم فيه على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد بخلاف البيع فانه يجوز ورود على الثمن فلا موجب لخروجها عنه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلوس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيه على الوجه الذي الى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنياً يعني اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددي الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددي كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العد الا أن يهده أهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل الاوزان فلا يجوز السلم فيها الاوزان في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددياً في ديارنا أيضاً (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) دابة كان أوزانها وهو قول الثوري والاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للبعي والنص أما المعنى (لانه يصير معلوماً) أى منضبطاً (ببيان الجنس كالابل والسن كالجدع والسن)

جواز السلم فاقداهما على السلم تضمن إبطال الاصطلاح في حقهما ما فاعاد ممتناً وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع ممتناً فان بيع الأثمان بعضها ببعض جائز فالأقدام على البيع لا يتضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فبقى ثمننا كما كان وقد سيبع الواحد بالآخرين (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يخلو ما أن يكون مطلقاً وموصوفاً والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجدع والثني

العصافير

وقد صم أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى

سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق حدثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبخاري قال البخاري ليس في الباب أجل أسناد من هذا وقول البيهقي أنه عن عكرمة مرسى بسبب أن منعه من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبني قول الشافعي رحمه الله أن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كذا كرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبد الرحمن الطائري عن معمر به مسنداً وافية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه الوصل كما عرف وقد تأيد بعد تعميجه بأحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بصحيح الترمذي له فإنه فرغ القول بسماعه منه مع أن الارسال عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح مع أنه قد يكون شاهداً مقوياً فلا يبضره الارسال وأيضاً اعتضد بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخر وحديث آخر أخرجه الترمذي عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به إذا قال الترمذي حديث حسن كأنه للخلاف في الحجاج بن أرطاة وحديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخاري مرسى وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفاً وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضاً مع أنه ليس كذلك وأخرج الإمام أحمد حدثنا حماد بن محمد حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبعوا الديار بالديار ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله أرى الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل قال لا بأس إذا كان يدايد وجعل هذه الأحاديث على كون النهي فيما إذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالئ بالكالئ تقييداً لا عم فإنه أعم من ذلك فلا يجوز المصير إليه بلا موجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان) هو ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن اسمعق بن إبراهيم بن جوفى حدثنا عبد الملك الزماري حدثنا سفيان الثوري عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان وقال صحيح الأسناد ولم يخبرناه وتضعيف ابن معين بن جوفى فيه نظير بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه إلى الحجية بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا يجب أن يرجح على حديث أبي رافع أن صح لأنه أقوى سنداً أعنى حديث ابن جبان ولأن المانع يرجح على المبيح وفي الباب أثر أبي حنيفة عن جابر بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلد البكري مالا مضاربة فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص فلما حلت أخذ بهما وبقي بعض فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأناه يسترفقه فقال لعبد الله أفعل زيد فقال نعم فأرسل إليه فسأله فقال لعبد الله أردت ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلم ما لثا في شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يزيد بن إبراهيم وعبد الله فإنه انما يروى عنه بواسطة علقمة أو الاسود لأن هذا غير قاض عندنا خصوصاً من إرسال إبراهيم فقد تعارضت الأحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكرنا من معرفة البقرة بالوصف فلتأخذ كراهة لهم أو صافاً ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك في أن هذا ما تحصل به

في المعاني السلطنة لا يوجب
في العصافير والحمامات التي
تؤكل وأن السلم فيها لا يجوز
أن يكون عندكم وتقريره
أن عدم جواز السلم في
الحيوان ليس لكونه غير
مضبوط فإنه لا يجوز في الديباج
دون العصافير ولعل ضبط
العصافير بالوصف أهون
من ضبط الديباج بل هو
ثابت بالسنة لا يقال النهي
عن الحيوان المطلق عن
الوصف والتمنازع فيه هو
الموصوف منه فلا يتصل
بمحل النزاع لأن محمد بن
الحسن ذكر في أول كتاب
المضاربة أن ابن مسعود
رضي الله عنه دفع مالا
مضاربة إلى زيد بن خليفة
فأسلمها زيد إلى عتريس
بن عرقوب في قلائص
معلومة فقال ابن مسعود
أردت ما لثا تسلم أموالنا وهو
دليل على أن المنع لم يكن
لكونه مطلقاً لأن القلائص
كانت معلومة فكان لكونه
حيواناً لا يقال في كلام
المصنف تسامح لأن الدليل
المذكور بقوله ولنا
منقوض بالعصافير لأن
ذكر ذلك لم يكن من حيث
الاستدلال على المطلوب
بل من حيث جواب الخصم
وأما الدليل على ذلك فهو
السنة

(قوله لا يقال في كلام المصنف

تسامح) أقول يعني في

(٤٣ - فتح القدير خامس) قوله في الحيوان ثم أقول فيه شيء لأن يقال في قوله تسامح والمعنى في كلام المصنف اعتراض (قوله لأن ذلك الخ) أقول جواب لقوله ولا ينوهم

قال (ولافي أطرافه كالرؤس والا كارع) للتفاوت فيها اذهو عددي متفاوت لا مقدر لها قال (ولافي الجلود عددا)

المعرفة وكلامنا في انه ينتهي معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلمقوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص وأما نبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلا لأن الحيوان فيه ليس مقابلا لعمال وهو ظاهر فتجزي فيه المساهلة بخلاف ما قبل بحال فإنه تجزي فيه المشاحة فجزي على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجزي فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر ومأمعة فإنه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعلنا بالآثار فيها والقاتل أن يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لا يضر لأن ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن ماذكر من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منه على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن أو كثيرا لأن المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الاوصاف الذكاء وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لأن ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعد تجزي المنازعة في أن اخلاقه ماهي وفي تحريرها فالفرع في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عن ابن أبي عمرو قال قلت له ان لا يجوز في الحيوان لأنه غير مضبوط بالوصف قال لا لأننا نجوز السلم في الديابيح ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديابيح ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العديديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لأنه لا يقتضي ولا يحبس للتوالت ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه بيقام مقام الموجود بخلاف السمك الطري لرجحان امكان أخذه وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتضي منها كالحمام والقري وهو خلاف المنصوص عن محمد وقدرى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت أحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لأننا علمناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص للمعنى النص وان اعتبرنا عمومها وجب أن لا يجوز فإن قيل فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقوله التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطري في السلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولافي أطرافه) أي لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والا كارع) وهو جمع كراع وهو مادون الركبة في الدواب قيل المانع مبني على منع السلم في الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشئ لأنها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهي تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الناحش لأن ذلك انما يكون في حالة الحياة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف اعاد ذكر في منعه انما عديدية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغير عدد لا انتفاء المقدرو عندى لأبس بالسلم في الرؤس والا كارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان الا كارع والرؤس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك يجوز بعد عدد بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يزاد ان الرؤس مجاميل أو باقار كبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير (لا في الجلود عددا) وكذا الاخشاب والحوالق والفراء والثياب الخميطة والخفاف والقلائس الآن يذكر العدد لقصد التعداد في السلم فيه ضبطا لكيته ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر في الجلود مقدارها من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديمن بأن يقول طائفي أو برغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنت أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه ونخته ورقته ونوعه الآن يعني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجوالق طوله

قال (ولافي أطرافه كالرؤس والا كارع) والكرع مادون الركبة من الدواب والا كارع جعله لأنه عددي متفاوت لا مقدر له ولافي جلوده لأنها اتباع عددا وهي عديدية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيد عددا لأن معناه أنه عددي فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الأولى لأنه لا وزن عادة وذكر في الذخيرة أنه ان بين الجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ

(ولا في الخطب جزأ) لكونه مجهولاً من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المسوط ولا في الرطبة جزاً يضم الجيم بعدها راء مفتوحة وزاى وهى القبضه من الفت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما تشبهه الحزمة أنه شبر أو ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة أقسام قسمه عقلية حاصرة وذلك لانه إما أن يكون موجوداً من حين العقد الى المحل أو ليس بموجود أصلاً أو موجوداً عند العقد دون المحل أو بالعكس أو موجوداً فيما بينهما أو معدوماً فيما بينهما أو الاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافاً للشافعي والخامس فاسد (٣٣١) بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافاً للمالك والشافعي

ولا في الخطب جزأ ولا في الرطبة جزأ) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشبهه الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل لئلا يمكن من التحصيل

ووسعه وكذا كل ما كان بمنزلة غيره فاطعاً لا اشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في) الخطب جزأ ولا في الرطبة جزأ للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشبهه الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى أن لا يجوز السلم فيها أصلاً بل لا يجوز بهما العقد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الخطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزناً وهو أضيظ وأطيب وكون العرف في شئ من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلمان عليه إلا أن يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزناً بخلاف ما اذا قبل نحو الحنطة بحسبها وزناً وهو كيلي لماعرف في باب الرأب ما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رخصنا بضبطه وزناً كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتين الوزن كيلا وبهذا تضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزناً وذكر قاضيخان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في الفت وزناً والرطبة القصب والجزر يضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جزء وهى الحزمة من الرطبة كحزمة الرمحان ونحوه وأما الجزر بكسر الجيم وزاين أولهما مفتوحة فجمع جزء وهى الصوف المجزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد وأصحابي (اذا كان موجوداً عند المحل جاز) وان كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم أيضاً إطلاق الحديث المتقدم أعني أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطاً لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطاً بسكونه عنه بعد شروعه في

لومات كان وقت وجوب التسليم عقيمه وفي ذلك شك ورد بان الحماة ثابتة فتبقى واجب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكيل في النصاب ليس بشرط في أنشاء الحلول فليكن وجود المسلم فيه كذلك واجب بان وجوده كالنصاب وجوده لا ككيله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك

لومات كان وقت وجوب التسليم عقيمه وفي ذلك شك ورد بان الحماة ثابتة فتبقى واجب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكيل في النصاب ليس بشرط في أنشاء الحلول فليكن وجود المسلم فيه كذلك واجب بان وجوده كالنصاب وجوده لا ككيله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك

(قوله وهذا ينقسم الى ستة أقسام الخ) أقول بل الى ثمانية أقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجوداً عند العقد وما بعده دون المحل وان يكون موجوداً عند المحل وما قبله دون وقت العقد الا أنهم مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول فيه تأمل

(ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض

(قوله ولوا انقطع بعد المحل)
يعني أسلم في موجود حال
العقد والمحل ثم انقطع
فأسلم صحيح على حاله
ورب السلم بالخيار ان شاء
فسح العقد وان شاء انتظر
وجوده (لان السلم قد صح
والعجز عن التسليم طارئ
على شرف الزوال فصار
كأباق المبيع قبل القبض)
في بقاء المعقود عليه والعجز
عن التسليم فان المعقود
عليه في السلم هو الدين
الثابت في الذمة وهو باق
يبقاها كالعبد لا بق وفي
قوله والعجز الطارئ على
شرف الزوال اشارة الى
جواب زفر عن قياسه
المتنازع فيه على هلاك
المبيع في العجز عن التسليم
وفي ذلك يطل البيع
فكذلك ههنا ووجهه أن
العجز عن التسليم اذا كان
على شرف الزوال لا يكون
كالعجز بالهلاك لانه غير
ممکن الزوال عنه فكان
القاس فاسدا

بيان ماهو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظه عن
أبي اسحق عن رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا أسلم
في حديقته نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام
فقال المشتري أو خرك حتى تطلع فقال البائع أعنا النخل هذه السنة فاختصموا إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال البائع أخذ من نخلك شيئا قال لا قال لم تسخمل ماله اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في
نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه يبيع ثمرة قبل بدو
صلاحها وفيه مجهول كإرأيت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى
يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما أخرجه البخاري عن أبي بصير قال سألت ابن عمر
عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء
بنابر وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع
النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابين الكبيرين في العلم والتبصع انهما فاهما من نهيه عن
بيع النخل حتى يصلح يبيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه
عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم وأما لزوم وجوده بينهما فاما لعدم القائل
بالفصل لان الثابت فائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه
عندهما لا غير احداث قول ثالث أو نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الاداء يتأخر
عنه فلا يضطر اليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الوجود والاستمرار
يتمكن من التحصيل فان أخذ السلم مظنة العدم والاخذ بذلك مظنة التحصيل شيئا فشيئا في مدة الاجل
وباعتبار المظنة تناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل
كالذراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات أرأيت المسلم اليه في
الجلود أيدج عند حلول الاجل الف رأس ليعطى جلدها رب السلم وكذا الاسماك المألحة والياب
والاخشاب والاحطاب والاعمال والمجاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما
يحصل له ليعطى ما يخرج له ويشتري الباقي وكثير يأخذون ليسترجعوا رأس المال وينفقوا من
فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا
فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد
في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره أبو بكر التلجي وتواردوا عليه وفي مبسوط
أبي الليث لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يحصل الا بمشقة عظيمة
فيحجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب بخاري لا يجوز وان كان بسجستان (ولو انقطع بعد المحل)
أي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد (لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده)
وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواه عن الكرخي للحجز عن التسليم قبل القبض فصار كالوهلاك
المبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشيء كالأشياء لا يثبت في غير محله لا يبيعي عند فواته كالأشياء يفاوس ثم
كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذلك اهانوا لنا (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (عن شرف
الزوال) فيختار المشتري (كالأبوق المبيع قبل القبض) وهذا لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الزمة
وهي باقية فيبقي الدين ببقاء محله وانما أخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العيني
فان يهلكه نفوت محل العقد وكذا الفلاس اذا كسدت فانها وان كانت في الزمة لكن الثمن الكائن

أن يكون في المالح أو الطري
فإن كان في المالح جاز في
ضرب معلوم ووزن معلوم
لكونه مضبوط القدر
والوصف مقدور التسليم
لعدم انقطاعه وإن كان
في الطري أن كان في حينه
جاز كذلك وإن كان في غير
حينه لم يجوز لكونه غير
مقدور التسليم حتى لو كان
في بلد لا يتقطع جاز وروى
عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في
لحم الكبار التي تقطع
اعتبارا بالسلم في اللحم في
الاختلاف بالسمن والهزال
ووجه الرواية الأخرى أن
السمن والهزال ليس بظاهر
فيه فصار كالمغارقيل يقال
سمك ملح ومملوح ولا يقال
مالح إلا لغة رديئة وهو
المفسد الذي فيه ملح ولا
معتبر بقول الراجز
بصرية تزوجت بصريا *
يطعمها المالح والطريا
لأنه مولد لا يؤخذ بلغته
قال الإمام الزرغوني كني
بذلك حجة لفقهاء قال (ولا
خير في السلم في اللحم) خير
نكرة وقعت في سياق النفي
فتفيد نفي أنواع الخير بعمومه
ومعناه لا يجوز على وجهه
المبالغة قال أبو حنيفة
لا يجوز السلم في اللحم وقال
إذا وصف منه موضعاً
معلوماً بصفة معلومة جاز
لكونه موزوناً معلوماً
كسائر الموزونات ولهذا

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوماً وضرباً معلوماً) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم أذهو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عدداً) للتفاوت قال (ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزنا معلوماً وضرباً معلوماً) لأنه يتقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا يتقطع يجوز مطلقاً وإنما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز) لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه ربا الفضل

فيما فلاس هي آثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت الحمل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لأن لادراك الزرع والثمار وأما معلوماً وكذلك غيرها أو أن يكثر وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوماً وضرباً معلوماً) بأن يقول بوري أو راي وفي أسماك الاسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لأنه) حينئذ معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عدد التفاوت في الحنفية وأما الصغار فيجوز فيه كيلاً ووزناً سواء فيه الطري والمالح وفي المغرب سمك ملبج ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح إلا لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر

بصرية تزوجت بصريا * أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة لفقهاء وظاهر هذا الاستدراك أنه ليس بردي ولم يجسد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب إلا لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح ومليح ولا يلتفت إلى قول الراجز * أطعمها المالح والطريا * ذلك مولد لا يؤخذ بلغته وأما الطري فيجوز حين وجوده وزناً أيضاً فإذا كان يتقطع في بعض السنة كما قيل أنه يتقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لا يتقطع بين العقد والحلول وإن كان في بلد لا يتقطع جاز مطلقاً وزناً لا عدداً لما ذكرنا من التفاوت في أحاده وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتباراً بالسلم في اللحم فإنه يمنع السلم في اللحم وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزناً مع إجازته في اللحم فإن هناك يمكن إعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يأتى في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لأن الاصطيد يتحقق في كل حين مدفوع فإن الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطيد ألبتة كما ذكره (قوله ولا خير في السلم في اللحم) وهذه العبارة تأكيد في نبي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز وقول من قال إن المحمدي قوله فيما يستخرج من الحكم بالرأى تجوزان القطع في حكم الله تعالى بالرأى بعيد فكل الأحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكلاهما من هذا القبيل لأنه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونان لا مقطوعان وأيضاً المحمدي قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك (وقال إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة) ككونه ذكراً أو خصباً وسمياً بعدان بين جنسه من نحو الضأن وسنه ثني ومن الفخذ أو الكتف أو الجنب مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لأخلاف فنع أبو حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وقولهما إذا بينا ما ذكرنا ووجهه أنه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزوناً وكذا كونه مضموناً بالمثل جائز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في

يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزناً ويجري فيه ربا الفضل

فإن قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم أجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى أن عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليقه تأمل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم في لحم الدجاج مثلاً ببيان سمته وهزاله وسننه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور (٣٣٤) على طيور لا تنقش ولا تحبس للتوادف فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع

والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وان ذكر الوزن فاما فيما يقتضى ويحس للتوادف فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوى وجهه التأمل ولا يى حنيفة طريقان أحدهما ان اللحم يشتمل على ماهو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى انه تجرى المما كسة بين البائع والمشتري في ذلك بالدليس والنزاع فكان المقصود مجهولاً جهالة تقضى الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضى جوازه في مزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الاموجاه ولا يدري انه عند المحل على أى صفة يكون وهذه الجهالة مفضية

بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمته وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعديل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يكتفى به

سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعاً ومعلوم انه فيه عظم كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم ولانه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في الثمر ولذا جاز السلم في الالبه مع انم الاخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالاجماع (بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه) لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقاً وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قليل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقاً في مخلوع العظم فان العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه اذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلاً أن يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أورا كأ وغير الصدر أو ينص على صدرها أو أورا كلها فان أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لا اختلاف اغراض الناس ولا يى حنيفة رضى الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سماً في الجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما اذا سمى موضعاً كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للشاهد في بيع اللحم حالاً بعظمه جريان المما كسة بين البائع والمشتري في العظم حتى ان المشتري يستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه فكيف في المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه فانهم ما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالاً فالوسمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الاصح) لان الحكم المعلل بعلمين مستقلين يثبت مع احدهما كما ثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فمن غصب لحماً فاشوا ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب والمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قيل ولا تو جدر رواية بأنه من ذوات القيم الا هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه رأى وسط غصب المتقي ان أبا يوسف روى عن أبي حنيفة اذا استهلك لحماً قال عليه قمته وحل عبارة المصنف (أن القبض) أى قبض اللحم القرض (يعاين فيعرف مثله) أى بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفى به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزناً أيضاً ممنوع بل ذلك مذهبهما وبعد التسليم أى تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسيبجاني أنه يضمن بالمثل الآن يتقطع من أيدي الناس وهو الوجه لان جريان بالفضل فيه قاطع بأنه متى فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها وتعام المعادلة بالمثل لانه مثل صورة ومعنى أما القيمة فتشمل معنى فقط لان الموجب الاصلى رد العين والمثل أقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين

الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح (قوله والتضمن بالمثل) السلم جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعديل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعنى أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تنفضى الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به

قال (ولا يجوز السلم الامو جلا) السلم الحال لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى استدلالاً بطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيّد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لما نذر كره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كاشتراط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد السلم امو جلا فليسلم الى أجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيداً فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم (٣٣٥) ان كان كيلاً ووزن معلوم ان كان

وزن مقيّد الى أجل معلوم ان كان مؤجلاً فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المخذول ضرورة تحمله لالضرورة والضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالادب لمن ضرورة فيحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليأتى ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفالس اذا القياس عدم جواز بيع ماليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بدوان ثبت على وجه يدفع به حاجة المفالس والالم يكن مقيداً لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما أن يكون قادراً على التسليم في الحال أو لافان كان

قال (ولا يجوز السلم الامو جلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز زحالا لطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيما روينا ولا نه شرع رخصة دفع الحاجة المفالس فلا بد من الاجل ليقدّر على التحصيل فيه فليس ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على النافي السلم والقرض أن القبض في القرض معين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالاول أما السلم فأنما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقتها للوجود عند القبض كعرفة مطابقتها بعد رؤية المقبوض الموجب للثقل وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفى به أي لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولاً والمقبوض ثانياً ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجوده فارقاً ثابتاً وبين الحمي نوع متفاضلاً وان اختلف موضعهما كلهم فخذ مع علم صنعه (قوله ولا يجوز السلم الامو جلا) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال) بان يقول مثلاً سلمت هذه العنبرة في كرت خنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لا طلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر أنهم لا يستدلون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلووا على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العقاد أنه لا يلزم تسليم ما لا يقدر عليه والفرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادراً حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أو جبتا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحالية فان العبد يخرج بالكتابة من يده مولا من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادراً على تسليم بدل الكتابة وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فليس معناه الامر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال بل معناه من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو الى أجل فليكن الى أجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان أيضاً امرأ بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجوز في المعدود والمذروع لان النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لاشك ان أهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام لترخيص للمفالس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادراً حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوماً عند المسلم اليه حقيقة أو موجوداً قادراً عليه فقول المصنف (ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذ كر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الغرر في

الاول فلا حاجة فلا يدفع فلا مرخص فبقى على النافي وان كان النافي فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المخرج للفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز من عنده كرا رخنطة أجيب بأن السلم لا يكون الا بأدنى الثمنين وهو دليل على عدم حقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كافي رخصة المسافر

(قوله فيحمل على المقيّد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لما نذر كره) أقول إشارة الى ما ذكره في حيز فان قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحمل على المقيّد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضاً العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق على المقيّد على ما هو أصل الخصم ثم قوله لأن قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لا بد من كونه معلوما بما روي بنا والمفعول وهو أن الجهةالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه في بعيدا واختلف في أدنى الأجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الامان حلف يقضين دينه عاجلا فضاء قبل تمام الشهر بر في عينه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الأجل وقيل ثلاثة أيام (٣٣٦) وهو ما ذكره أجد بن أبي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا

بختيار الشرط وليس يصح لان الثلاثة ثمة بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما تأخر قبضه عن المجلس ولا يبق المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازي والاول أصح اكونه مدة يمكن تحصيل السلم فيه فيها ولا ذكرنا من كتاب الايمان قال (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه) لا يصح السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذ لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضع الميكال أو الذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان الميكال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الا انه المجهول القدر يدايد لا بأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقدر معنى في أول البيوع ان البيع يدايد بمكالم لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتجمل فيه فيقدر الهلاك لكن لا بد أن يكون الميكال

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) لما روي بنا ولأن الجهةالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه اذ لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضع فيؤدى الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون الميكال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاع مثلا فان كان مما ينسكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو غمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم

السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يقدر شيئا أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحال (قوله والاجل أدناه شهر الى آخره) في النخلة لارواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت الروايات عنهم والاصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر لانه أدنى الأجل وأقصى العاجل وقال الصمد الشهيدي الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدر ارماع يمكن تحصيل السلم فيه وهو جدير أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار السلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدر انصف يوم جازو بعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بعدة خمار الشرط وليس يصح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث يروي عن الشيخ أبي جعفر أجد بن أبي عمران استاذ الطحاوي وصح المصنف الاول لانه مروى عن محمد ولانه مأخوذ من مسئلة العيين وهي ما اذا حلف يقضين دينه عاجلا فضاء قبل تمام الشهر بر في عينه فكان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه أجل قالوا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه اذا كان لا يعرف مقداره) أما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار ولو تلف ذلك الميكال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدره فيتعذر الايفاء قال (وقد مر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه الى أن قال بخلاف السلم الى آخره وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ايضافي بيع العين بالعين لانه بيع ليس بمكالم ولا بمجازفة وبيع الخطئة انما يجوز على أحدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا بيع مجازفة ثم لا بد (أن يكون الميكال مما لا ينقبض وينسبط كالقصاع) والحديد والخزف (فان كان مما ينسكبس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (الا في قرب الماء فيما روي عن أبي يوسف للتعامل فيه) فانه أجازاه وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا اقربة من ماء النيل أو غمرة ذلك مثلا ثم يذهب القربة وعينها جازا لبيع ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز اذا عين هذه القربة والله أعلم ولكن بمقدارها والزيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كخطة بلدة الفهميين والحلة ببلاد مصر (أو غمرة نخلة بعينها) أو بستان بعينه (لانه قد يعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم)

عما لا ينقبض ولا ينسبط كما اذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها أما اذا كان مما ينسكبس بالكبس كالزنبيل قال بكسر الزاي لان فعلا يفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لاقضائه الى المنازعة الا أن أبو يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا اقربة من ماء القربة من ماء للتعامل قال (ولا في طعام قرية بعينها أو غمرة نخلة بعينها) لان انقطاعه أو عاله من آفة فتنتفي قدرة التسليم

أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في ثمر فلان أم من ثمر حائط فلان فلا رأيت لو أذهب الله الثمر به يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاء في كونه منه عليه الصلاة والسلام بياناً بطريق التعليل لعدم (٣٣٧) الجواز في ثمرة قريبة بعينها وقوله مال أخيه

أراد به رأس المال أي لولم تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية بعينها لبيان الصفة أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشم راني بخاري والبساخي بفرغانة جازا لم يقدفان تعيين الخشم راني ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس الأبل باعتبار أن صفة الحنطة مثلاً مثل صفة حنطة الخشم راني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما إذا أسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الأول فإن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فإن الثوب الهروي ما ينفج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة هراة أو بغيرها يسمى هروياً وإذا أتى المسلم إليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فإن حنطة هراة ما نبتت بأرض هراة والنبات في غيرها لا ينسب إليها وإن كان بتلك الصفة

والله أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال رأيت لو أذهب الله تعالى الثمر به يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشم راني بخاري والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم) قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله رأيت لو أذهب ثمرة هذا البستان به يستحل أحدكم مال أخيه) فإن معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع غنائم لم يخرج هذا البستان شيئاً فكان في بيع ثمر هذا البستان غرراً لا ينساق فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة متعددة أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في الإقليم ريمته شئ ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقاً والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع أما في السلم فما قدمناه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شئ فأراد المسلم إليه أن ينعقه الثمن الذي كان أخذه وقال انما النخل هذا السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من نخلك شيئاً قال لا قال به تستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه الحديث وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بيعت من أخيك ثمرة فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً تأخذ مال أخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن أن يكون دليلاً على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة أيضاً وفي الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا (فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية) معينة (ليمان الصفة) لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشم راني والبساخي) بخاري وهي قرية حنطتها جديدة (بفرغانة لا بأس به) ولأنه لا يراد بخصوص النابت هناك بل الإقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لأنه إقليم وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكمله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد والذي في الخلاصة وذكر معناه في المجتبى وفي غيره لو أسلم في حنطة بخاري أو حنطة سمرقند أو أسيجاب لا يجوز اتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة أو كشرط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذا إضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع بخلاف إضافة الثوب لأنهم لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ولذا لو أتى المسلم إليه في ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله فظهر أن المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جازاً والأفلا يمينه ما في الخلاصة قال لو كان ذلك النسبة لا لتعيين المكان كالخشم راني فإنه يذ كر لبيان الجودة لا يفسد السلم وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جازا السلم والا لا أما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط صحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط) تذكر في العقد وأما عندهما فهي الخمس الأولى ولا شك أن السلم بشرطها غير هراة ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شرط فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديرها شرطاً وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس إلا المشهور بسبع شرائط (جنس معلوم حنطة أو شعير ونوع معلوم

(٤٣ - فتح القدير خامس) فكان تعيين المكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالأول قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على خمسة فأما المتفق عليه فهو أن يكون في جنس معلوم حنطة أو شعير أو نوع معلوم

سقية أو بخسية أو بخسية خلاف السقي منسوب إلى الخس وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مفضية الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة أو رديئة ومقدار معلوم عشرين كراي كمال معروف أو عشرين رطلا وأجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روي بنان قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم (٣٣٨) منكم الخ ومن المعنى الفقهي ما يبين أن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع فأما المختلف

كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كراي كمال معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والاصل فيه ما روي بنا والفقه فيه ما يبين (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له أجل ومؤنة) وقالوا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويستلزم في موضع العقد فهاتان مستثنان ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالاشارة فأشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب ولا يحنيفة أنه رعايوجد بعضه ازويوفا ولا يستبدل في المجلس فلويلم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو رعايولا بقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالتحقق

كسقية) وهي ما يسقي سحبا (أو بخسية) وهي ما يسقي بالمطر ونسبت إلى الخس لأنها مفضية الحظ من الماء بالنسبة إلى السحج غالبا (وصفة معلومة كجيد رديء) وسط مشعر سالم من الشعر (ومقدار معلوم كذا كراي كمال معلوم) فهذه أربعة تشتط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس فان التقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والاصل فيه أي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الحديث نص على شرطى القدر المعلوم والأجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة اظهر ورادة الضبط المتأني للنازعة وقوله (والفقه فيه ما يبين) يعني قوله ولان الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه وهو أن يكون الثمن من الكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط في قدره احتراز عما إذا كان ثوبا لان الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره وعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا واشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذراعان لا بشرط اعلامه لان الاوصاف لا يثبت لها شيء في جهالة قدر الذراعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه وهذا المسلم فيه مقابلة المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت أحد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الابناء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا يشتمل البديلين احدي على الر بالان افراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدينار وتقدم في التبر روايتان والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل اعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان للمسلم فيه أجل ومؤنة) أي إذا كان نقوله يحتاج إلى اجرة ونحوه لثقله (وقالوا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مستثنان) خلافتان بينهما (ولهما في الأولى) وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بالامنازعة (يحصل بالاشارة) إلى العين الثمن المجل فأنفى عن اعلام قدره وصار كمن المبيع المجل والاجرة المجلية في الاجارة والمضاربة اذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدر مضاربة بالنصف فانه جائز كرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه

فيه (ومعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له أجل) بفتح الحاء (ومؤنة) ومعناه ماله نقل يحتاج في حمله إلى ظهور أو اجرة جمال فهذا شرطان لصحته عند أبي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لهما قالوا في المسئلة الأولى ان المقصود يحصل بالاشارة فأشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل أو الموزون عن المبيع أو اجرة في الاجارة واشترى اليه ما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتب في الاشارة في رأس المال بما جمع كونه بدلا وصار كما إذا كان رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذراعانه ولا يحنيفة رحمه الله أنه رعايوجد بعضه ازويوفا ولا يستبدل في المجلس فلويلم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفي رأس المال شيئا فشيئا

ورعايوجد بعض ذلك زويوفا ولا يستبدل في المجلس الرديف يطل العقد بقدر ماره فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما كالثوب لا يعلم في كم انقص السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله (أو رعاي) وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه (فديجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الارأس ماله) واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر بدينار على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالتحقق)

(الشرع مع المناق) اذ القياس يخالفه الاترعى انه لو اسلم عكبال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكبال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر ادنى الاجل أكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك (٢٣٩) الاستبدال في مجلس الرد أيضا محتمل

والمعتبر هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذلك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا منهما مبنى على وجوده زيفاً والاول أظهر (قوله بخلاف الثوب) جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقرر بردان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (لان الذرع) في الثوب المعين (صفة) ولهذا لو وجدته زائداً على المسمى سلب له الزيادة مجازاً ولو وجدته ناقصاً لم يحط شيأ من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجرة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروغ الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا اسلم مائة في كرخطة وكرشعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند أي خنفة رجعه الله لان المائة تنقسم على الخنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته

الشرع مع المناق ما اذا كان رأس المال ثوباً بالان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو اسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما وله ما في الثانية أن مكان العقد يتعين

كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روى عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه يجمع أنه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقاً وجهالة رأس المال مؤدلية وما يؤدي الى الممتنع شرعاً تمتنع شرعاً بيان تأديته اليه أنه رعاية نقي رأس المال كما يفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوفا فيختار الاستبدال به ورده وقد يكون أكثر رأس المال زيوفاً فانه اذا رده واستبدل به في المجلس بقصد السلم عند أي خنيفة لانه لا يجز الاستبدال في أكثر من النصف خلافاً لهما وقد لا يتفق الاستبدال به في مجلس الرد فيتمسح العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر المكبل معلوماً لم يدري كم انتقص وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضاً وهذا وان كان موهوماً فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (الشرع مع المناق) وهو كون المبيع معدوماً فان ما بشرع لذلك يكون ضعيفاً في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت لو أذهب الله غرة هذا الحائط لم يستحل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوباً بالان الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجهول رأس مال مخرفاً أو مسمى عدداً من الذرعان فيه فوجدته المسلم اليه أنقص أو بعض أعضائه الحيوان تالفاً لا ينقص من المسلم فيه شيء بل المسلم اليه بالخيار ان شاء عرضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لغوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بأن هذا الاعتبار لشبهة الشبهة أو انزل منها فان في وجود الزيف احتمالاً ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضاً ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا يخرج الثمرة أوجب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبنى على وجود الزيف وتارة بأن السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بثابت كالنقد مع التبيئة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع المانحصر في وجود الزيف بل ظهور راسخفاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجتماعاً على أنه لا يصح السلم عكبال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول قال المصنف (ومن فروعه) أي من فروغ الخلاف في معرفة قدر رأس المال (اذا اسلم في جنسين) ككرخطة وكرشعير عشرة مثلاً (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو اسلم جنسين) كدنانير ودرهم في جنس واحد كبراً أو اسلم غرأ وخنطة معينين في كذا مئمان الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعني عرّف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة مالم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضاً لان اتحاد الصفة أو (لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولاً ولهما في) المسئلة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للابفاء

الحزب فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً وعندهما يجوز لان الإشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت أو اسلم دراهم ودنانير في كرخطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما اذا كان مجهولاً لبطل العقد في حصة لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضاً لان اتحاد الصفة أو (لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الإشارة) وقال في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للابفاء

لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كفاي بيع خنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يراجه مكان آخر لعدم ما يوجبها وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يراجه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعين مكانه ما لا تسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روى عن محمد رحمه الله أن المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان (٣٤٠) آخر كفاي بيع العين فان من اشترى كثر خنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده واشترها

في المصر أو خارج مجتبه أو بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد ليكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيد الم يذكري في التعليل ومثله بعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء بصريح بخالفها يبطئ لها وانما سدى في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة في صفقة ولا ي حنيفة رحمه الله ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لا شرط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال

لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يراجه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولا ي حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفقة

(لوجود العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفه باشتراط مكان غيره وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صبح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود وهو مفسد على ما هو رواية عن أحمد رحمه الله وصار كاستصافه الى غالب نقد البلد ما لم يسميا نقدا غيره فيمنصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيه ما معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الاخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو للاداء على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره أن التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يراحم فيه غيره فيتعين كأول أوقات الامكان والحاقا أيضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد أن كون تعين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه في مصر أو خارجا أجيب بالفرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها فاذا شرط حمله فقد شرط عملا في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن في مقابلة ذلك كاه فصار بائعا أجرا ومشتريا مستأجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسد أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فأنما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعا وأجرا وأورد أيضا في الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا لا للتسليم لم يكن له الخيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت خواتم الخنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لان فضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلم اليه في الابد وهذا كله دليل ان مكان البيع لا يتعين أجاب بأنه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان (ولا ي حنيفة أن التسليم في السلم) غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد (بخلاف القرض والغصب) فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما فالامن أن وجود العقد الموجب للتسليم بوجوب تعيين مكانه بل العقد بوجوب التسليم فقط الا ان اقتضى أمر آخر تعيين مكانه (فإذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة لان

أبو حنيفة رأيت لوعقد عقد السلم في السفينة في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يؤوله المسلم عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للارفاق في مكان الانباء مجهولا لجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكرهه السلم والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفقة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان

(قوله لان العقد الموجب الى قوله ولانه لا يراجه) أقول والظاهر عندى أن المحم وع دليل واحد لدعي اذ لا يتم أحدهما الا بالآخر فلتدبر (قوله قال رأيت لوعقد عقد السلم الخ) (قول ناظر الى قوله ولا ي حنيفة يعني قال أبو حنيفة رأيت الخ)

(وعن هذا) أي عما ذكرنا ان جهالة المكان بجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف) عنده كالاختلاف في الجود والرداءة في أحد البدلين (وقيل على عكسه) أي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجب لان تعين المكان قضية العقد أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان (٣٤١) كالاختلاف في نفس العقد وعنده

لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشتري شيئا بكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول أصح (وهو اختيار شمس الأئمة) لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استأجر دارا أو دابة بكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسليم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسم دارا وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوف في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال (ومالم يكن له جمل ومؤنة لاحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء الخ)

وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسم دارا وجعل الماع نصيب أحدهما شيئا له جمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال (ومالم يكن له جمل ومؤنة لاحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع) لانه لا يختلف قيمته (ويؤفيه في المكان الذي أسلم فيه)

المسلم بطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الجمل وترتفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف رأس المال لان تسليمه واجب للمال فافتقر الى الحاقه بالامر في تعين أول الاوقات بالاجماع لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذا لم يلزمه تظهير وما المانع من تعينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى أن يقتصر على منع تعين العقد المكان والحاقهما بالاسم لتلك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم والتمس في العين محل النزاع لان أبا حنيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف ورأس مال السلم لم يمنع فيه حكم الاصل فاننا لا نعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق ان في الكائي بالكائي فلو عقدا السلم ومشيئا فربما سلم اليه قبل أن يفارقه جاز وقولهم الموجب للسلم وجده فيه قلنا نعم ولا يشترط الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملزمة عقلية في ذلك لانه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الايجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة الاسما (قوله وعن هذا) أي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن أو الثمن فان اختلفا في الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته ورداءته وقيل على عكسه أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحققان لان تعين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فلا اختلاف فيه يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز اذا كان له مؤنة جمل وهو مؤجل في بيع العين (والاجرة) بأن استأجر دارا مثلا لعماله جمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيها اذا اقتسم دارا وجعل الماع نصيب أحدهما شيئا له جمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن بالاجماع (والصحيح أنه يشترط) عنده (اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار) في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الاجارة (للايفاء) (قوله ومالم يكن له جمل ومؤنة) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافقد يسلم في امان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهما وهو الاصح من قول الشافعي (ويؤفيه في المكان الذي أسلم فيه) وكل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأقن التسليم فيه وما لا بأن أسلم اليه درهما في مركب في البحر أو جبل فانه

قد تقدم بيان ماله جمل ومؤنة فيعلم من ذلك مالم يكن له جمل ومؤنة وقيل مالم يكن له جمل ومؤنة هو الذي لو أمر انسا بجمعه الى مجلس القضاء جملنانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة وانفقوا على أن بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه

قال المصنف (لا يختلف قيمته ويؤفيه في المكان الذي أسلم فيه) أقول هذا لا يلائم لما ذكره أبو حنيفة في تعليل المسئلة الثانية فتأمل

روايتان في (رواية الجامع الصغير ويوسف الاصل) يتعين لانه موضع الالتزام في بيع على غيره وذكر في الاجارات (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء اذا المالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيه) (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز ان يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب لبتعين باعتباره فلو عين مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا تختلف (٣٤٣) ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط

خمار الطريق ولوعين المصير فيما له جل ومؤنة بكتفي به لان المصير مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمه وقيل هذا اذا لم يكن المصير عظيما فلو كان بين فواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجوز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لامكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد أما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين دين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي أي النسبة بالنسبة وان كان عينا فلا أن السلم

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولوعينا مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولوعين المصير فيما له جل ومؤنة بكتفي به لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما اذا كان من النقود فلا نه افتراق عن دين دين وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلا أن السلم أخذ عاجل بأجل اذا الاسلام والاسلاف ينشأن عن التجمل فلا بد من قبض أحسد العوضين ليتحقق معنى الاسم

يجب في أقرب الاما كن التي يمكن فهمه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط وذكر في الاجارات من أصل المبسوط (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح) والاصح من قول الشافعي أيضا (لان الاما كن كلها سواء) اذا المالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله مؤنة فان الحنطة والخطب يوحى في المصير والسود ثم يشتري في المصير بأكثر مما يشتري في السواد (ولو عيننا مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الاصح وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في التحفة (ثم لو عيننا المصير فيما له جل ومؤنة بكتفي به لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصير الواحد عادة قبل هذا اذا لم يكن المصير عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز لأن يبين لانه مفض الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله الى منزله لا خيره ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قبل يجوز استحسانا وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم الحمل الى منزله أما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصير أن يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصير مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشتري طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجوز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده اليه ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان رأس المال (من النقود فلا نه) لولم يقبض (افتراق عن دين دين) لانها لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي) أي النسبة بالنسبة الا أن مال الكارجه الله يحجز التأخير ويقول اذا لم بشرط التأجيل لا يحجزه الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعي وأحمد (وان كان عينا) ففي القياس

عاجل بأجل اذا الاسلام والاسلاف ينشأن عن التجمل والمسلم فيه أجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانها عودت تحت أحكامها بقتضيات أسماؤها لغة وهذا

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمه) أقول لا يخفى عليك بعد هذا القيل (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعني اذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا)

وجه الاستحسان والقياس جوازه لان العروض تتعين في العقود فتترك شرط التجبيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أي ولاشترط القبض (قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائده الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين فلورث المأخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانياً وثالثاً الى ما لا يثبتاهي فإذا لم يفد فائده لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائده لان العقد (٣٤٣) ينفسخ عند الرؤية اذا ارد المبيع لانه رد

عين ما تناوله العقد فيفسخ قبل فيه اشكالان أحدهما أن الضمير في قوله فيه اما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه لاسيلا الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في السلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للاستصناع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عينا واجب ان لا يثبت له لافضائه الى التهمة وعن الثاني اننا لانسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام

ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لا يشترط تجبيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل ببيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا يثبت عن تجبيل المسلم دون الاخر لان وضعها في الاصل لاخذ عاجل بأجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها الوفاء فصار لها ما فاضل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التجبيل (ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذا الفرض افلاسه وحاجته الى العقد افلاسه فيقلب فيه ليقدر على تحصيل السلم فيه الى الاجل (و) لهذا أي لا يشترط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم) الذي هو الملك وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البديل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قوله ما هو ملك متزلزل فانه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجوازه اذ اذ الملك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بقضية السبب بل السبب وجد مطلقا لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير فاذا أجاز التحقت الأجرة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعل له في حق الحكم كالتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيراً أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان التعلق بشرط معدوم قبله فلا حكم أصلاً وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد ديناً كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا يفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجرى فيه خيار الرؤية بمعنى اذا رد ما أتى به يفسخ لاننا لانسلم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سأتى وأما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثلياً أو قيمياً (بخلاف خيار العيب) في السلم فيه فانه يصح (لانه لا يمنع تمام القبض) لان تمامه بتمام الصفة وتمامها بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد

القبض لان تمامه بتمام الصفة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد

وجه الاستحسان) أقول اشارة بقوله هذا الى قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله والقياس جوازه الخ) أقول اذا كان رأس المال عينا قال المصنف (ولانه لا بد من تسليم رأس المال) أقول في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لا يخفى ثم اعلم ان قوله ولانه لا بد من قول الشارع معطوف على قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبني عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا من القبض نفسه لا عن تمامه (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود الى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو ما أن يكون رأس المال قائماً أولاً فان كان الثاني لم يصح العقد بالأسقاط لان ابتداءه برأس مال يودين لا يجوز فكذلك اتحماه بالأسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء سهل من الابتداء والجواب أنه اتفان في التمسك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز (٣٤٤) خلافاً لفرق وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل الحل

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خـ لا لفرق وقد مر نظيره (وجله الشرط جعوه في قولهم اعلام رأس المال وتجهيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان أسلم مائتي درهم في كرخطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة تنقد بالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحاً ولهذا لو تنقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ألا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينقد صحيحاً

(قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز) السلم (خـ لا لفرق) وانما قيد بقيام رأس المال لان السلم لو أسقطاه بعد انفاقه أو استهلكه لا يعود صحيحاً اتفاناً لانه بالاهـ لانه صار ديناً في ذمة المسلم اليه فلو صح كان رأس مال يودين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً وقول الشافعي ومالك كقول زفر (وقد مر نظيره) في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل حله يتقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم قال المصنف رحمه الله (وجله الشرط جعوه الى آخره) فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتجهيله تتم خمسة ومن صفته أن يذ كرم النقد الفسـ لان في البلد نقد مختلف المـ المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطرية فان لم تختلف وتساوت رواج يعطيه من أيها شاء ولو تفاوتت رواج انصرف الى غالب نقد البلد كافي البيع وينبغي في ديارنا إذا سمي مؤيدية يعطيه الاشرفية والحققية لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلاصاً لتجهيله وتأجيله وبيان مكان الايفاء يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفقت بحزمه عند الحلول وافسـ لانه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيواناً وان تقادراً رأس المال اذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وان لا يشمل البدين احـ على الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجله الشرط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرخطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خـ لا لفرق رحمه الله وجه قوله أنه فساد قوي لانه في صلب العقد وأيضاً فقد جعل قبول العقد في صحة الدين شرطاً لقبوله في صحة النقد فهذا شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ فلا يشيع في غير محل الفساد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطاباً بأن قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين قطاهر وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعاً بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط قبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيه ما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لامر آخر وهو أنهما حينئذ هما بالبيع حيث عقد ابيعا بلا عن بخلاف ما لو كانت المائة على ثابت فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

فانه يتقلب جائزاً عندنا خـ لا لفرق قال (وجله الشرط جعوهها) جمع المشايخ جله شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتـ ل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تجهيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدرة وفي تأجيله يعني الى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقدارها وفي بيان مكان الايفاء كالمسـ وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا (فان أسلم مائتي درهم في كرخطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة تنقد فـ السلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحاً أما اذا أطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا اشكال في طروقه كالمـ باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي

مبيعاً بالحصة طارئاً وأما اذا أضاف الى الدين ابتداءً فكذلك ولهذا لو تنقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود كون لاتتبعين في العقود اذا كانت عينا فكذلك اذا كانت ديناً فصار الاطلاق والتقييد سواء ألا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينقد السلم صحيحاً فيبطل بالافتراق لما بينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئى بالكالئى وقيد بقوله (مائة منها دين على المسلم اليه) لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما

قال (ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احتراز عن الكالئ بالكالئ فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فالتصريف (٣٤٥) وهو معنى قوله فلما فيه من

تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في السلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالمشتري فمشتري رأس المال ان كان مثليا جاز ان يبيع مراجحة وان كان قيميا لا يجوز الا بمن عنده ذلك الثمن (ولا يجوز الشركة) وهو ان يشترك شخص آخر في السلم فيه (و لا التولية) وصورتها ظاهرة وانما خصهم ما بالذكر بعد ما دخلوا في العوم لانهم أكثر وقوعا من المراجعة والوضيعة وقبل احتراز عن قول البعض ان التولية جائزة لانها قائمة معروف فانه يولي غيره ما يولي فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الاسلمك أو رأس مالك (يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولأنه أخذ شها بالمبيع)

(قوله لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم) أقول يعني ان القبض شرط صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ

قال (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا يجوز الشركة والتولية في السلم فيه) لأنه تصرف فيه (فان تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الاسلمك أو رأس مالك أي عند الفسخ ولأنه أخذ شها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه

كون المائة ديناً على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقه ما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعله لالقبول في الفاسد شرطاً الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظاً الى الدين وكان الفساد طارئاً بلا شبهة * وقال في المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد * هذا ودين ذلك فالكل فسد

ان لم يبين قسطاً وقسطاً ذا * والبرقي الشعيير والزيت كذا

فاستشككت على مسئلة الكتاب فقيل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يبعدى الفساد كاذكر في الهداية واستشكله صاحب الحوائثي على قول أبي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد على شيئين فسد في أحدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطاً الى آخره قال الا أن هذا في الفساد المقارن الذي يمكن في صلب العقد لا في الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصني بأن هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضاً قال يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفته رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمها المصنف فترى على اشتراط معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالخزروالظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراط معرفة مقدار رأس المال الا أن على هذا الحاجة الى تقيد المنظومة بكون أحدهما ديناً فانه لو كان عيني فسد فيه ما لزم ذلك أيضاً (قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض أما الاول) وهو رأس المال فانما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه ما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق (وأما الثاني) وهو المسلم فيه (فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز) لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به أما لو دفع المسلم اليه ما هو أدرأمن المشروط فقبله رب السلم أو أجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك (ولا يجوز الشركة و لا التولية) مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه اقرب وقوعهما في السلم فيه بخلاف المراجعة والوضيعة فانه غير معتاد ولا نهدين وفي الوضيعة اضطرار رب السلم في بيعه وجودهما بخلاف أخذ بمثل ما اشتراه به فانه قسرب والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم (قوله فان تقايلا السلم لم يكن له) أي لرب السلم (أن يشتري من المسلم اليه رأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الاسلمك أو رأس مالك) أخرجه أبو داود وابن ماجة معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضي أن لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا أعرفه

(٤٤ - فتح القدير خامس) الاسلمك أو رأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ) أقول قوله حالة البقاء ناظر الى

قوله الاسلمك وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك

(لأن الأقالمة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع والبيع ينقض وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصح لذلك (السقوط) بالأقالمة (ف) لا بد من (جعل رأس المال مبيعاً) ليرد عليه العقد والالكان ما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً ماثلاً للمسلم فيه وإذا أمكن أن يكون الدين معقوداً عليه ابتداءً فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجهه دون وجهه كان أولى. وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذلك ما أشبهه فإن قيل إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتباراً لانتهاء ابتداءه أجب بقوله (لأنه) أي لأن عقد الأقالمة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لأنه بيع في حق الكل والأقالمة بيع في حق ثالث (٣٤٦) لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الأول اشتراطه في الثاني بالضرورة فإن ثبت بالتنبيه

وهذا لأن الأقالمة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً بالسقوط فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم في كرخطة فلما حل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء

مرفوعاً إلا من هذا الوجه وأخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ الدرهمي وقال إبراهيم بن سعيد فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحد وغيره والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر أخبرنا معمر بن قنادة عن ابن عمر قال إذا أسلمت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ إلا ما أسلمت فيه يعني حال قيام العقد أو رأس مالك أي عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أي كونه أخذ شبهاً بالمبيع (ب) سبب (أن الأقالمة بيع جديد في حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحته اتفقت على قيام المبيع إلى القبض ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الأقالمة البيع قبل القبض تبطل الأقالمة وذلك غير ممكن هنا لأن الأقالمة يسقط المبيع لأنه دين لا عين فيتم لا شيء فلا يعود لكننا قد دحضت فيلزم أنه اعتبر برأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثله للمسلم فيه وجهه من الدين مبيعاً ليس محالاً وأورد عليه لو كانت بيعاً جديداً لكانت بيع سلم لأنها أقالمة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الأقالمة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعني عقد الأقالمة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لا تلا يفترقان دين بدين وذلك إنما يكون إذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالأقالمة ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير وحاصل جواب صاحب الإيضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطاً له (وفيه خلاف زفر) أي في منع الاستبدال برأس مال السلم لم من المسلم إليه بعد الأقالمة السلم فعنده يجوز أن يشتري به ما شاء وهو القياس لأنه بالأقالمة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم إليه فيستبدل به كسائر الديون قال (والحجة عليه ما ذكرناه) من الأثر والمعنى فهو استحسان بالآثر مقدم على القياس (قوله ومن أسلم في كرخطة) وهو ستون قفيزاً أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكايك والمكوك صاع ونصف (فلما حل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فافتضاءه رب السلم بحقه بأن

وهو أن اشتراط القبض في الابتداء كان الاحتراز عن الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط بالأقالمة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقوداً عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظراً إلى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقوداً عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله ولا عيب فيهم غير أن سيموفهم من قول من قراع الكتاب (قوله وفيه) أي في جعل رأس المال بعد الأقالمة

مبيعاً (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الأقالمة صار ديناً في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون كالأقالمة جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم في كرخطة فلما حل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه

(قوله فيما هو بيع من وجهه دون وجهه) أقول وهو الأقالمة (قوله لأن عقد الأقالمة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لأنه بيع في حق الكل) أقول ضمير لأنه راجع إلى الابتداء (قوله وهي طريقة) أقول ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة

(وان أمره أن يقبضه لاجل)

المسلم اليه ثم يقبضه فاكاله
له ثم اكاله لنفسه جازلانه
اجتمعت صفقتان بشرط
الكيل) الاولى صفقة المسلم
اليه مع بائعه والثانية
صفقته مع رب السلم (فلا بد
من الكيل مرتين لنهي
النبي صلى الله عليه وسلم عن
بيع الطعام حتى يجرى
فيه صاعان وهذا هو محل
الحديث على ما مر) في الفصل
المتصل بباب المراجعة
والتوايه قال فيه ومحل
الحديث اجتماع الصفقتين
على ما تبين (قوله والسلم
وان كان سابقا) جواب
ما يقال ببيع المسلم اليه مع
رب السلم كان سابقا على
شراء المسلم اليه من بائعه
فلا يكون المسلم اليه بائعا
بعد الشراء فلا تتحقق
الصفقة الثانية اندخل
تحت النهي وتقرير القول
بوجوب العلة سلمنا ذلك (لكن
قبض المسلم فيه لاحق)
وقبض المسلم فيه (عنزلة
ابتداء البيع) لان المسلم
فيه دين في ذمته والمقبوض
عين وهو غير الدين حقيقة
وان جعل عينه في حق
حكم خاص وهو حرمة الاستبدال
بغيره فلا
يتعدى فيبقى فيما وراءه
كالبيع فيتحقق البيع بعد
الشراء بشرط الكيل فقد
اجتمعت الصفقتان فلا بد
من تكرار الكيل

وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكاله ثم اكاله له ثم اكاله لنفسه فاكاله (لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء

اكاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يملك من مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه له) أي للسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فاكاله) أي رب السلم للمسلم اليه (ثم اكاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشتري (وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف ومحل الحديث اجتماع الصفقتين والفقهاء فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكثر وهو انما يتحقق بالكيل لـ فكان الكيل معينا للتحقق بالعقد وهو ذان عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطبل له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيه له اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكروا وفقه التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين فاصصه به وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيه له مرتين حتى لو قال له اقبض الكيل الذي اشتريته من فلان عن حقل فذهب فاكاله ثم أعاد كي له صار قابضا لان الفرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقل والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيه له مرة للقبض عن الآخر وثانيا يصير هو قابضا لنفسه فتعمل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع بنفسه ما قلنا فانه لم يزد فيه على قول فاكاله ثم اكاله لنفسه جاز وقوله (والسلم وان كان سابقا الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ببيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشراؤه من بائعه (وانه) أي قبض المسلم فيه (عنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة) واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا أخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق ببيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو سلم مائة في كرم واشترى المسلم اليه من رب السلم كرم حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرم ليجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكثر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعل عند القبض كأنه ما جدد العقد او مثل هذا فيقال لو سلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بآرث أو هبة أو وصية أو وفاة رب السلم فأكاله مرة وتجاوز به يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدة أو السلم لم في معدود فعل الروايتين في وجوب إعادة العدة في بيع المعدود

(و) ان (كان) الكر (قرضا فامر) المستقرض المقرض (بقبض الكر) ففعل (جاز لان القرض اعارة ولهذا يتعقد بلفظ الاعارة) ولو لم يكن اعارة لزم تعليقك الشيء بحجسه نسبيته وهو باول هذا (٣٤٨) لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود

وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا يتعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكي لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنهما المديون فيه لم يصير قابضا ولو كانت الحنطة مشترقا والمسئلة بجماله اصار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري الصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يملك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وينقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

بعد شرائه عدا هذا (فلو لم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكر) ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة (جاز لان القرض اعارة ولهذا يتعقد بلفظ الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيلان لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تلك الشيء بحجسه نسبيته أو تفرق بلاقبض فيه وهو باول هذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه يبيع بحجسه نسبيته وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حبل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ولهذا الواستقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جازله أن يتصرف فيها قبل الكيل (قوله ومن أسلم في كرفأمر رب السلم المسلم اليه أن يكيه له في غرائر رب السلم) والموضع موضع الاشارة فيهما لكنه أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقبيد بغيبته لانه لو كان فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع (الدائن اليه كيسا) ليزنهما المديون فيه لم يصير قابضا) هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بل تردفان كان قيل لا يصير قابضا لافقر رنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندى أنه يصير قابضا لان أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر في صيربه قابضا وهو نظير ما سبذ كرفي كتاب الصرف فحين دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي بها خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بمجالها) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيه لها فيها ففعل بغيبته (صار قابضا لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) وتظيره مالو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلما أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وينقرر الثمن عليه ومثله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضا في ملك (من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل) الواحد (في الشراء في الصحيح

عين المقبوض (مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان) وكذا الواستقرض المسلم اليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم الخ رجل أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن له في غرائره طعام فانه لا يكون قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر إذ حقه في الدين لا في العين فلا يصح) الامر (وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنهما المديون فيه حيث لم يصير قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا بحالة فصاح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكبلا عنه في امسالك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري (قوله ألا ترى) توضيح ان ملكه

بالبيع (انه اذا أمره بالطحن في السلم كان الطحن للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري) واذا أمره أن يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه (وفي الشراء من مال المشتري) وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحة موقوفة على الملك فلو لانه ملكه لم يصح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أي ولان الامر قد صح يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

لأن البائع نائب عنه في الكيل) فإن قيل البائع مسلم فكيف يكون متسلماً أجاب بقوله (والقبض بالوقوف) أي وفحقى القبض بالوقوف (في غرائر المشتري) فلا يكون مسلماً ومتسلماً وانما قال في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بكيل واحد كما يظهر ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصير) المشتري (قابضاً لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذلك ما وقع فيها وصار كالأمر أنه يكيه له ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لأنه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم (٣٤٩) في كرخطة فلما حل الأجل اشترى

من المسلم اليه كرا آخر بعينه وودفع غرائره اليه ليجعل الدين) أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أو لا الدين أو العين فإن كان الثاني (صار) المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فلاصة الأمر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الأمر وورد بأنه لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض كالأمر كله بذلك نصاً وأوجب بأنه ثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً وأما الدين فلا تصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا ثبت القبض (كن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشك بالصبيغ فإن الصبيغ والبيع اتصالاً بملك المشتري ولم يصير قابضاً لأن المعقود عليه في الإجارة الفعل لا العين والفعل

لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوف في غرائر المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصير قابضاً لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالأمر أنه يكيه له ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري أن بدأ بالعين صار قابضاً أما العين فلاصة الأمر فيه وأما الدين فلا تصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وإن بدأ بالدين لم يصير قابضاً أما الدين فلعدم صحة الأمر وأما العين فلا أنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهة لجواز أن يكون مراده البداة بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في الخلط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما

لأنه نائب عنه في الكيل والوقوف في غرائر المشتري) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بالكيلين على ما مر قبل باب الربا ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعل بعينه لم يصير قابضاً (لأنه استعار غرائره ولم يقبضها) فلم تتم الإجارة لأنها كانت عقد تبرع لم تتم إلا بالقبض (فلم تصر الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيه) على تأويل الظرف ونحوه (وصار كالأمر المشتري) البائع (أن يكيه ويعزله في مكان من بيت البائع) ففعل بعينه لم يصير قابضاً (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم اليه كرامعيناً بعد حلول السلم فأمره أن يكيه في غرائر المشتري كليهما ففعل بعينه إن بدأ بالكرامعين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما (أما العين فلاصة الأمر فيه) لأنه لا في ملكه (وأما الدين فلا تصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً كمن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض (أن يزرعها في أرض المستقرض وكن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ففعل بعينه لزمت الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وإن بدأ بالدين) فكذلك في الغرائر (لم يصير قابضاً) أما في الدين فلعدم صحة الأمر (لما قلنا) وأما في (العين فلا أنه خلط مال المشتري) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكاً عند أبي حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعديليكون به مستهلكاً لأنه بأمره أجاب المصنف بمنع أدنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري (بالخيار إن شاء نقض البيع) لعب الشركة وإن شاء شاركه في الخلط) وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالاً قابضاً به أجيب بأن المعقود عليه ثمة

لا يتجاوز القاعل فلم يصير متصلاً بالثوب فلا يكون قابضاً وإن كان الأول لم يصير قابضاً أما الدين فلعدم صحة الأمر لعدم مصادفته الملك لأن حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الأمر (وأما العين فلا أنه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فيفسخ العقد) فإن قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الأمر قابضاً والذي كان مأذوناً به وفي عبارة المصنف تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضي بجزء واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للأعم على الاختص ويجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم أن هذا الخلط غير مرضي به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشتري بالخيار إن شاء ففسخ البيع وإن شاء شاركه في الخلط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما)

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة الخ) رجل أسلم جارية في كرحنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الأقالة بهلاك الجارية بعد هلاك الجارية كانت الأقالة صحيحة لأنها تعمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الأقالة حال بقائه وإذا أصبح ابتداءً أصبح انتفاءً لأن البقاء أسهل من الابتداء وإذا انفسخ العقد في السلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب ردّها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان أحد العوضين كأن قائماً فلا (٣٥٠) رد ما قبل أن الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقطت الأقالة فصارت كهلاك العوضين في

المقايضة وهو يمنع الأقالة وقد تقدم في الأقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الأقالة في البيع عندها كهباءه وابتداءه وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج إلى شرح قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة الخ) إذا اختلف المتعاقدان في صحة

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لأن صحة الأقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الأقالة حال بقائه وإذا جاز ابتداءه فأولى أن يبقى انتفاءه لأن البقاء أسهل وإذا انفسخ العقد في السلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردّها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الأقالة ولو تقايلا بعد موتها فالأقالة باطلة لأن المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الأقالة ابتداءً ولا تبقى انتفاءه لانعدام محلّه وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الأقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم إليه شرطت ردّها وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه) لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يرغب على رأس المال في العادة

الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لأنه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية في كرحنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الأقالة في السلم والبيع بالن وبيع المقايضة في السلم تجوز الأقالة قبل هلاك الجارية وبهذه الأقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع إلى أن يقبض في السلم المبيع قصده هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الأقالة إذا ماتت قبل الأقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه وإذا جازت انفسخ في الجارية تبعاً فوجب ردّها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لأن السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلاً لا تجوز الأقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الأقالة قبل القبض لأن الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الأقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة إذا هلك بعد هاولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الأقالة بعد هلاكها إذا كان العرض الآخر باقياً لأن كلا منهما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم إلى رجل إلى آخره) الأصل في هذه المسائل انهما إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول قول من يدعي الصحة وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعي الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر وإن أنكر الصحة إذا عرف هذا جئنا إلى المسائل (أسلم إلى رجل في كرحنطة فقال المسلم إليه شرطت ردّها وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه) بالاتفاق وهو قول الشافعي (لأن رب السلم متعنت) لأنه إنكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لأنه) على كل حال (يربوع على رأس المال في العادة) وإن كان رأس المال نفداً والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل

السلم فمن كان متعنتاً وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلاً وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله وإن ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وإن أنكر الصحة وعلى هذا إذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم إليه شرطت ردّها وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة

السلم لأن المسلم فيه يرغب على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فأنهما اتفقا على عقد واحد بذلك واختلفا فيما لا يصبغ العقد دون وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهداً للمسلم إليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق وفيه بحث لأننا لنسلم أن المسلم فيه يرغب على رأس المال

(قوله ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر) أقول لا يخفى عليه مخالفة تعريف المخاصم لقوله وإن كان خصمه هو المنكر ظاهراً ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجي (قوله لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه إلى قوله فأنهما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فلي هذا التقدير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعاً بغير المقصود بدونه

بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسبة وان كانت كثيرة سلمناه لكن يربو عليه اذا كان جيدا وأما اذا كان رديا فممنوع سلمناه
 لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وهو باطلا لأنه يقتضي أن يكون
 القول قول المنكر وان أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة فحزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة
 الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن السلم فيه في الحالة الراهنة وذلك أقوى دليل على رب السلم فيه وان كان رديا والاعتبار
 للمعاني دون الصورة فنسکر صحة الصورة وان كان منكرنا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد المودعة وان انعكست
 المسئلة وهو أن يدعى رب السلم الوصف ونكره المسلم اليه لم يذكره محمد (٣٥١) في الجامع الصغير والمتأخرون من

الشافعية قالوا يجب أن يكون

القول لرب السلم عند أبي

حنيفة لأنه يدعى الصحة وان

كان صاحبه منكر او عندهما

القول للمسلم اليه لأنه منكر

وان أنكر الصحة (قوله

وسنقره من بعد) يريده

ما يذكره بعد بخطوط

القول لرب السلم عندهما

وفي عبارته تسامح لانها

تستعمل للبعيد والمطابق

ونقرر ولو قال المسلم

اليه لم يكن له أجل وقال رب

السلم بل كان له أجل فالقول

قول رب السلم لان المسلم

اليه متعنت في انكاره لأنه

ينكر ما ينفعه وهو الاجل

فان قيل لانسلم أنه متعنت

لأنه بانكاره يدعى فساد العقد

وسلامة المسلم فيه له وهو

يربوعلى رأس المال في

العادة فيكون القول للمسلم

اليه وهو القياس أجاب

المصنف (بأن الفساد بعدم

الاجل غير متيقن لمكان

الاجتهاد) فان السلم الحال

وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعى الصحة وان كان صاحبه
 منكر او عندهما القول للمسلم اليه لأنه منكر وان أنكر الصحة وسنقره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال
 المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت في
 انكاره حقالة وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتد به النفع في رد رأس
 المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقالة عليه فيكون القول قوله
 وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت
 لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر

بذلك الاجل ولولا انه يربو عليه وان كان اجلا لم تطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيبقى قول
 الآخر بلا معارض وأما التوجيه بأن انظار الصحة الى آخره فيخص بأب حنيفة تشبيها في غير هذا
 المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر هو ما لا يقولون ان القول للمدعي الصحة دائما
 ليعلاها نأظره في مباشرة العاقد (وفي عكسه) بأن ادعى رب السلم شرط الردى وانكر المسلم
 اليه الشرط أصلا لم يذكره محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يكون القول لرب السلم عند
 أبي حنيفة) وهو قول الشافعي (لأنه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكر) وكلامه خصومة
 (وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكر وان أنكر الصحة) وسيعبر المصنف الوجه في تلك المسئلة التي
 تلي هذه (ولو قال) (المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم) أي
 بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لأن كلام المسلم اليه هنا تعنت لأنه ينكر ما ينفعه وما
 هو حقه (وهو الاجل) لان الاجل اتزيمه المسلم اليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغي أن يكون
 القول لمن يدعى الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان انكار المسلم اليه
 الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا لا يراد هو وجه القياس فأجاب عنه المصنف بقوله (والفساد
 لعدم الاجل ليس متيقنا) حتى يكون انكاره انكارا لصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز
 عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لأنه ليس بلازم قطعاً (بخلاف عدم
 الوصف) كالرداءة ومحوها على ما تقدم فانه ملزم قطعاً للفساد (وفي عكسه) وهو أن يدعى المسلم
 اليه الاجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقالة عليه) وهو زيادة الربح
 التكاثر في قيمة السلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار (كرب المال اذا قال للمضارب شرطت
 لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لأنه ينكر

جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع رد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف
 وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظار لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لما يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى أن
 يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو أن يدعى المسلم اليه
 الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقالة وكل من هو كذلك فالقول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا
 قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لأنه ينكر

(قوله وان كان رديا) أقول مسلم اذا علم اشتراط العاقدين رداءة المسلم فيه (قوله فنسکر صحة الصورة الخ) أقول لا صوب أن يقال فالمدعي
 صورة منكر في المعنى لمطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكنه مدع) أقول ان له حتى الضمير

استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول قول المسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد انفق على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذا السلم الحال فاسد ليس به عقد آخر واختلفا في جوارزه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام بشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفقا على انه قد اقرارا بالصحة فالمنكر بده ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانها اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانهم اذا فسدت كانت اجارة واذا صححت كانت شركة فاذا اختلفا على صحة مدع لعقد والمدعى للفساد مدع لعقد آخر خلافة ووحدة العقد عند (٣٥٣) الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف للموجب للتفاضل

المردود لوحدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل واما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعى استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة بالزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر وعن غيرها غير الزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قبل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكك بمالو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر بلوغ المذكور كان مبنيا على انتقام ورد النفي والاثبات على محل واحد وهو هنا قد ائتمت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدينه بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقر بالمعطوف عليه كما اذا شهد أحد الشاهدین بألف والاخر بألف وخمسة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول للمدعى الصحة وهو المضارب كافي السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهه القل دمعه

الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر بلوغ المذكور كان مبنيا على انتقام ورد النفي والاثبات على محل واحد وهو هنا قد ائتمت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدينه بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقر بالمعطوف عليه كما اذا شهد أحد الشاهدین بألف والاخر بألف وخمسة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول للمدعى الصحة وهو المضارب كافي السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهه القل دمعه (قوله والثاني ان الاقدام على العقد التزام بشرائطه) أقول لشرائط العقد أو لشرائط صحته الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته والثاني غير مسلم

قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولها وعرضها ورقعة) لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حر بلا بدن بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه

بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اوجب بانه ما اقر بأصل العقد بل أنكره حيث أسنده الى حال عدم الالهية * واعلم أن انكار الاجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الاجل وهي مسألة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعي الأقل مع يمينه فان قامت بينة لم يدعي الا كتر قضي بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضى الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن أقام بينة قضى له فان أقامها فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل وهذا الاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لفرقة لیس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الأصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان قال الجيد أجبر على القبول واذا اختلفا في السلم يتحالفان استسناوا بيد أبيين المطلوب عند أبي يوسف ثم رجع وقال يمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضى بها وان قامت لهما بينة قضى بينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال اعم من أودين وكل وجه على ثلاثة أوجه اتفقا على رأس المال واختلفا في السلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا في السلم فيه لا غير فتال الطالب هذا الثوب في كرخطة وقال الآخر في نصف كرا وفي شعير وفي الحنطة الرديئة وأقاما قضى بينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على السلم فيه انه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كرخطة وقال الآخر في كرشعير وأقاما البينة قضى بالسلمين لعدم مر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا على رأس المال واختلفا في السلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبي يوسف خلافا ل محمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كرا وأقاما فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بمخمسة عشر في كرا وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والاخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن يقضى بسلمين كما في الثوبين وفيها أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزني دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذريا ففي الكيل فان أسلم في عشرة أقدرة فجاء بأحد عشر وقال زني درهما جاز لانه باع قفيزا بمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقالة في البعض فيجوز كما في الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أرد أو أعطى درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقد مناه في الاردا والاجود يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء فكترو في الثوب ان جاء بأزيد بذراع وقال زني درهما جاز وهو يسع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا أتى بأزيد من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بنقص فرد معه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصه فان بين جاز بخلاف وكذا الوجه بانقص وصفا لا يجوز ولو بأزيد وصفا جاز الكل في الأصل (قوله ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولها وعرضها ورقعة لانه أسلم في معلوم) والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حر ا فان عند باقي الأئمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا

قال (ويجوز السلم في الثياب الخ) السلم في الثياب جاز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظته وثخائنه لانه أسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حر ير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضا لان قيمة الحرير يختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولذا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه رعايا تأتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالنقل والخفة

قال (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العدد الذي تنفاوت أحاده في المالبية كالجواهر والملاكي والرمال والبطح لا يجوز السلم فيه لافضائه الى النزاع وفي الذي لا تنفاوت أحاده كالجوز والبيض جازا إذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيه لأنه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر) إذا اشترط فيه ملبنا معروفاً لأنه إذا سمي اللبن صار التنفاوت بين لبن ولبن يسيراً فيكون ساقط الاعتبار فيلحق (٣٥٤) بالعددي المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره

(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لأن أحادها متفاوتة متفاوتة فافحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا سمي ملبنا معلوماً) لأنه عددي متقارب لا سيما إذا سمي اللبن قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لأنه لا يفضى الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لأنه دين وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضى الى المنازعة (ولا بأس بالسلم في طست أو قمعة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لأنه دين مجهول قال (وان استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً) للاجماع الثابت بالتعامل

يجوز في البسط والاكسية والمسوح والجوالق والبوارى اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والنقل من الثياب عرفاً كلوذاً يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزاً في المنتقى اذا باع ثوباً حريراً يدا بيد لا يجوز الا بالوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الإشارة يكتفي بتعريفها في البيع غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع وفي الطول يذكّر عدد الدرعاً يجب أن يتوسط عند الذراع بين ارجاء الثوب ومده ان كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون أحدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير بالوزن لم أن لا يجوز بيعها بجنسها باجراً فافلذاً ذكر القدرى أن بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا بالوزن كما وانى الصفر (قوله ولا يجوز السلم في الجواهر) بخلاف الآمالك (ولا في الخرز لان أحادها تنفاوت متفاوتة فافحشا) في المالبية فان الجواهر ثمين قديمتان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوى فيجوز وزنا (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا سمي ملبنا معلوماً) لأنه عددي متفاوت إذا سمي اللبن وقوله (لا سيما إذا سمي الى آخره) يعطى أنه متقارب فلا تسترط اسمية اللبن بل إذا سمي يكون أحسن وليس كذلك بل تنفاوت متفاوتة فافحشا وذكّر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من أثون وفي عرف بلادنا يسمى مائة آجرة وهو الذي يبنى لمشوى فيه الآجر والحجارة تعمل حبة لانه تنفاوت في النضج متفاوتة فافحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالتنفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته الى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابر يسم والنحاس والتمر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع اذا بين طولاً وعرضاً وغلظاً والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كالبغراء وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا كيلة في شبالك الليف يسمى به أهل العرف شديفاً (قوله ولا بأس بالسلم في طست أو قمعة أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والالمانية من النحاس والنجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث يخلصر فلا تنفاوت الا يسيراً (قوله وان استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً) الاستصناع طلب الصنعة وهو ان يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفاطوله كذا أو سعتنه كذا أو دسنا أي برمة تسع كذا أو زنها كذا اعلى هيئة

جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا يعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل مالىس بانسان ليس بحيوان والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كبل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو يعكس الى قولنا كل مالىس بانسان ليس بناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع

المتقدمة (ولا بأس بالسلم في طست أو قمعة أو خفين أو نحو ذلك إذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه) أي لا يجوز كذا لان الجواز خير فينتفى قال (وان استصنع شيئاً من ذلك بغير ذكر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو ان يجي انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئاً صورته كذا وقدره كذا بكذا درهم أو يسلم اليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم وهو لا يتخلو اما أن يكون فيما فيه تعامل واليه أشار بقوله شيئاً من ذلك أي مما تقدم من طست وقمعة وخفين أولاً والثاني لا يجوز قياساً واستحساناً كما سيجي والاول يجوز استحساناً (قوله أحدهما انه عكسها الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكلي في الثاني لا تنفاه الشرط فتأمل

والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضر به أجل اليه أشار قوله بفيرا أجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبر والقياس يترك مثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارة فان قيم الناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع أو عدة والصحيح أنه بيع لعدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينقذ العقد بالتعاطي اذا جاء به مفرغا وله هذا ثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة أنه سماه في الكتاب معاوأة ثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولا يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوبا يغزل من عنده (٣٥٥) أو الخياط أن يخط له قديسا بكرة باس

من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة ألا ترى أنهم اذا باعوا عرضا بعرض ولم يركل واحد منهما ما اشتراهما فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز أن يكون بيعا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا أجاب (بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما) كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجهة لعدو النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجهة لعدو الصلوات لثلاث تضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعدوم عليه هو الصنع أجاب (بأن المعقود عليه

وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز ببيع العدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفرغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذ جاز كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا فيعقد الا^٢ خر معهما جاز استحسانا بهما للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لانه استجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كالموالات طعاما من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصبح ثوبك أجر بكذا لا يصح ولا ببيع لانه بيع معدوم ولو كان موجودا لم لو كالغير العاقل لم يجز فاذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكن جازناه استحسانا للتعامل الرابع الى الاجماع المسمى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا تكبر والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحنجم صلى الله عليه وسلم وأعطى الخمام مع أن مقدار عمل الخاتمة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ومثله شرب المساقم السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه بمنزلة شرط وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو أن لا يذ كر عدد ما يصبه من ملء الطاسة ونحوها فقصرتنا على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعتنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخط قديسا يغزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنشور مواعدة وانما ينقذ عند الفراغ بيبعا بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم والمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا يلزم المعاملة وكذا المزارة على قول أبي حنيفة لفسادها مع التعامل ثبت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيبعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهو الاجير بان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعيده لم يملكها واثبت أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع ألا ترى أن في بيع القايضة لو لم يركل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسبها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله (والمعدوم عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي

هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفرغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذ جاز) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بأنه لو كان بيبعا لم يطل بعت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بعت أحدهما ذكره في جامع قاضيان وأجيب بأن للاستصناع شبهة بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبهه بالبيع

(قوله ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول في رواية عن أبي حنيفة (قوله ألا ترى أنهم اذا باعوا الخ) أقول ولله الحکم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتري ما لم يره غير ذلك وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشتري ما لم يره فلا وجه لظناره الا ما قرناه فتأمل (قوله فان قيل انما يصح ذلك الخ) أقول الحصر ممنوع فانه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجودا الا أن يقال المشار اليه بقوله ذلك كونه بيبعا لا اعتبارا له موجودا

من حيث ان المقصود منه العين المستضع فالمشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحد هما وليس به البيع وهو المقصود أجز ينافسه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل أي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضه أجيب بأن الصبغ أصل والصبغ آتية فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وههنا الأصل هو العين المستضع المملوك للصانع فيكون بينهما وثالم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (ولايه عين) المستضع (الاختيار) المستضع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستضع جاز وهذا كله) أي كونه بيعا لعدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الاختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه الخ) أي المستضع بعد الرؤية بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الأصل بناء على جعله بيعا لعدة وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفع الضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وان خلاف الخيط وعن أبي يوسف أنه لا خيار له ما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستضع فلان الصانع أنلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى مثله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتره بعمله ألا ترى أن الواظ اذا استضع منبر او لم يأخذه فالعالم لا يشتره أصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أجيب بجواز أن يكون الرضا (٣٥٦) على ظن أن المستضع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك

لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أجيب بأن خيار المستضع اختيار بعض المتأخرين من أمن أحمنا ولو لم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لقامة الدين منها في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بمهر ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكنت لجهلها بأن لها

ولايه عين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستضع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه) لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لانه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة رحمه الله ان له الخيار أيضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف أنه لا خيار له ما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستضع فلان في إثبات الخيار له اضطرار بالصانع لانه ربما لا يشتره غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالتياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف ليتمكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ضرب فيه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينشئ عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى ما لم يره ولذا الوجه به مفر وغالما من صنعته أو من صنعتته قبل العقد فأخذه جاز وانما يبطل بموت الصانع لمشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء ببيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركه ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستضع على

الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لقامة الدين منها ولا يجوز اعطاء الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والتمصان ابقاها على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير أجل في أول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكره على سبيل الاستمهال أما المند كور على سبيل الاستمهال بان قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفرغ لالتأخير المطالبة بالتسليم ويحكي عن الهندواي أن ذكر المدة ان كان من قبل المستضع فهو للاستمهال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذ كره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر بشرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي أن يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحمول فيحمل الثاني على الاول (بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا خيار له ما أما الصانع فلما ذكرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لانه باع ما لم يره (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا لانه لا منافاة بينهما فاقبل (قوله وفيه نظر لأن غير الاب الخ) أقول لا يخفى عليك ان مالك هذا النظر التام على السند الاخير وانه لا يجدي نفعا (قوله يعتبر بشرائط السلم) أقول من تعجيل راس المال واستقصاء الوصف

ولابى حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم (وتقريره لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فإن ذكر الاجل أدخله في حيز الاحتمال وإذا كان محتملا للمرين كان حمله على السلم أولى لأن جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصعابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولأن السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

(٣٥٧)

﴿مسائل منشورة﴾

أي هذه مسائل من كتاب البيوع نشرت عن أبوابها ولم تذكر في فاسستدركت بذكرها ههنا قال (ويجوز بيع الكلب والنهـد والسباع) بيع الكلب وكل ذي رب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم في رواية الاصل أما الكلب المعلم فلا شذ في جوازه به لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محللا للبيع لانه ممنوع به حقيقة وشرعا فيكون مالا أو ما غير المعلم فلا يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه وينع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجاني بنبا حقه فساوى المعلم في الانتفاع به (وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور) أي الجارح (لا يجوز لانه غير منتفع به) ولانه صلي الله عليه وسلم نهى عن امساكه وأمر بقتله فلما كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع

وعدم جواز خيار الرؤية (قوله يريد به أن في فعل

ولابى حنيفة أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

﴿مسائل منشورة﴾

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

اعطاه المسمى أجيب بأنه انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا باتسلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ به هذا العذر ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضى بهذه الاجارة لا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لان هذه الاجارة في الآخرة كشر أعماله يره ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا للزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فلا يصح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لانه بالآخرة بائع والله أعلم

﴿مسائل منشورة﴾

المسائل التي تشد عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منشورة أي متفرقة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الاصل فنبه بعضهم على اطلاقه كالفقهاء في نوادره شام عن محمد بن نصر على جواز بيع الكلب العقور وتضمن من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاده يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع الثمر بحال لانه لشربه لا يقبل تعليمه وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة رواية الحسن الجوزي رواية أبي يوسف بالمنع وقال أبو يوسف أكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو لله وهذه جهة محترمة وجه رواية الجوزي أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهر لانه لا منفعة له الا في تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنائس والعقارب والفأرة والتمل والوزغ والقنافذ والضب والهوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها في الادوية وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين وأما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا بعل التراب

الصعابة في تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف لما أسلفه في رأس الحقيقة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزاولة ثم أقول قال الاتقاني في تعليل الشبهة لأن السافعي يذكر الاستصناع انتهى وأنت خير بان قول الشارح أقرب من قول الاتقاني

﴿مسائل منشورة﴾

(وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم أن من السحت مهر البغي وغن الكلب) السحت هو الحرام والبغي الزانية
فبيع بعق فاعل وترك التام الحاقه بفعل بعنى مفعول كقولهم ملحقه جديد (ولانه نجس العين) بدلالة نجاسة سوره فانه متولد من اللحم
وما كان كذلك لا يجوز بيعه (٣٥٨) لان النجاسة تشعر به وان اغل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة

وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وغن الكلب
ولانه نجس العين والنجاسة تشعر به وان الحمل وجواز البيع يشعر باعزازه فكانا متنافيين ولنا انه
عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية

المخلوط بخلاف الدم يمنع مطلقا (قوله وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطلقا سواء كان للصيد
أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ
في داره الا ان خاف لصوا أو أعداء العديد الصحيح من اقضى كلبه الا كلب صيد أو ماشية نقص من
أجره كل يوم فبطان وجه قوله ماروى ابن حبان في صحيحه عن جابر بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن
أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وغن الكلب وكسب الحجام من
السحت وآخر جه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الانصاري أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن غن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن
النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن غن الكلب (ولانه نجس العين والنجاسة تشعر به وان الحمل والبيع
برفعته) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الكلب الا كلب صيد أو ماشية) وهو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى
النبي صلى الله عليه وسلم عن غن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روى أيضا عن جابر
مر فوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في مسنده
عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في غن
كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على
رأيهم يصلح لمخصصا والمخصص بيان للامر بالعام فيجوز ان كان دونه في القوة عندهم حتى أجازوا تخصيص
العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعمل ويخرج
من العام مرة أخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه متفععا وخصوص الاصطياد مغنى
اذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المتفع به حارسا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج
العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تنأى منه الحراسة
فيجوز بيع الكل ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لو جب العام بالتعليل ولا نسخ بقياس فالوجه أن يعمل
دليل التخصيص بنفع لاربع عليه مفسدة ويدعى في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لان
منفعته خاصة يقترن بها شرور عام للناس فيخرج ماسواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث
حكم بأنه ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم أعنى شمول المنع فيحتاج بعده الى
دليل المذهب وليس الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول أيضا وقد استدلل في الاسرار وغيره من
الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه قضى في كلب بأربعين درهما ولم يخص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا لا يعرف
الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو
ابن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى

ثابتة فكان البيع منتفيا
(ولنا أن النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع الكلب
الا كلب صيد أو ماشية)
وهي التي تحرم المواشى
واعترض بأن الدليل
أخص من المدعى فان
المدعى جواز بيع الكلاب
مطلقا والدليل يدل على
جواز بيع كلب الصيد
والماشية لا غير وأجيب
بأن ذكره لا بطلان شمول
العدم الذي هو مدعى الخصم
وأما اثبات المدعى فثبت
بحديث ذكره في الاسرار
برواية عبد الله بن عمرو بن
العاص رضي الله عنه أنه
قال قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم في كلب
بأربعين درهما من غير
تخصيصه بنوع وفيه نظر
لان الطحاوي حدث في
شرح الآثار عن يونس
عن ابن وهب عن ابن جريج
عن عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده عبد الله بن عمرو أنه
قضى في كلب صيد قتله
رجل بأربعين درهما وهذا
مخصص بنوع كما ترى
وقيل الاستدلال يدل على
جواز بيع الكلب
المعلم وغير المعلم سوى العقور

والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة

في

(قوله وترك التام الحاقه) أقول ويجوز أن يكون ترك التام فيه كترك التام في حامل وحائض (قوله كقولهم ملحقه جديد) أقول
• ويجوز أن يكون ترك التام فيه على تأويل الملحقه بالاعاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما الخ) أقول
• ولو سلم فهذا حكمه حال فلا عموم له

(ولانه منتفع به حراسة واصطيدا) لف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالبة عينه كالأدعي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به بالاسا كفة وليس بمال وأجيب عن الاول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع بتملك العين لا قصد ادق المنفعة ألا ترى أنه لو تورث والمنفعة وحدها لا تورث فخرى تجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع مالا يؤكل لحمه وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعا فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقويم والاباحة لضرورة الخنزير لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه (٣٥٩) حالة المحمصة واذا ثبت أن مناط

الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنا بيرا لانها لا ينتفع بها (قوله والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ماروي عن ابراهيم أنه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رخص في غن كلب الصيد وذلك دليل على تفديهم فمضى انتسخ فأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فاشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للرجوع عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في غن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مشترك الزام لانه قال ثمن الكلب والتمس في الحقيقة لا يكون الا في المبايعه (قوله ولا نسلم نجاسة العين)

ولانه منتفع به حراسة واصطيدا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء فلعلهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم تناول دون البيع في كلب ماشية بكبس وثانها هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فبعضها يابى لاسل على العموم خطأ ظاهر ثانيه ما هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطيدا فكان مالا) يعني مالا مملوكا متقوما أما كونه مالا فلا ن المال اسم لغير الادعي خلق لمنفعته المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأمانه مملوك متقوم فلانه محرز ما دون شرعا في الانتفاع به والمالك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقويم بالتمول وكلاهما ما دون فيه شرعا اذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجم على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا أول الكلاب من أن الامر بقتل الكلاب كان أمرا محققا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدثت الطحاوي عن أبي بكره قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال مالي ولا كلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخره سعيده ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ماروي من التشديد في سورها والنهي عن غنمها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا أجزأ بيع السرقين والبعير مع نجاسة عينه مالا لطلاق الانتفاع به ما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمضى بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع بخطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضى الله عنه ما نرجح لا أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية أخر فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شرها قال لا قال فسألت انا فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ساررتة قال أمرته ببيعها فقال ان الذي حرم شرها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها وأخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله رأيت شعور الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال فأنزل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة

جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان عليه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم تناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيحيى

(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي (قوله والتمس بالحقيقة لا يكون الخ) أقول له أن يقول اطلاق الثمن مجازا لكونه مصورا بصورته وقرينة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت كفاي مهر البغي وفي حرم بيعها وأكل ثمنها

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير الخ) بيع الخمر والخنزير ليس ببيع الخمر والخنزير بل ببيع الخمر والخنزير يعني أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعاً وغناهما بترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم إن الذي حرم شره باحرم بيعها وأكل غناها قال محمد في كتاب الأثارة أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلاً من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهوى لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خرف أهدي إليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهوى فقل النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستغن بمثلها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الذي حرم شره باحرم بيعها وأكل غناها قال (وأهل الذمة في البيعات (كالمسلمين) قال محمد في الأصل لا يجوز بين أهل الذمة إلا بالبيع الحيوان (٣٦٠)

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام إن الذي حرم شره باحرم بيعها وأكل غناها ولا بد من مال في حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم بالمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا أنهم مكفون محتاجون كالمسلمين قال (إلا في الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنهم أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر ولهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين)

وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم إشكال على جواز بيع السرقين اللهم إلا أن يقال لا شك أنه لا بد من تقدير في نحو حرمت الخمر فأنينا في الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان تقديره إضافة إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أن الله إذا حرم شيئاً يعني إذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه وأكل غناؤه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فبحسبنا إلى دليل آخر أما هذا الحديث فأما ما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لأنهم مكفون بوجوب البيعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها وقد التزموا أحكامنا بالأقامة في دارنا وأعطاه الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا مسلم في حيوان ولا نسبته في صرف وكذا كل ما يكال ووزنهم في البيوع كالمسلمين (إلا في الخمر والخنزير) فأنما تجز بيع بعضهم ببعض بخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن إسرائيل بن أبراهيم عن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل أنكم يفعلون ذلك فقل فلا تفعلوا ولكن ولوا ربهم أبيعهم خذوا الثمن منهم ولا تجز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب للكل سواء كان

بالحيوان نسبه ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسبه ولا الصرف نسبه ولا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل يدا بيد وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنف واحد منهم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا أنهم مكفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما نسبته نفوسهم كالمسلمين ولا يتبى النفس بالاطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا مباشرة الأسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعاً في حقهم كما في حق المسلمين إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما أموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن

أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضره إليه وقال لهم يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل أنكم يفعلون ذلك فقل فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا ربهم أبيعهم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان) صورته أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجوز آخره يقول لصاحب العبد ببيع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن (قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسيجي هذا الحديث في كتاب الغصب أيضاً (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا ربهم أبيعهم خذوا الثمن منهم) أقول مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه

والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المأثور (أن الزيادة في الثمن والمثلن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لغيرنا والشافعي رحمه الله لأنه) أي الأصل (تغيير العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بذلك الزيادة شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها) فصار الفضل في ذلك كبذل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء بخلاف اشتراطه على الأجنبية كهولكن لا يدمر تسمية الزيادة لتتحقق المقابلة بصورة وان كانت بمعنى يخرج عن حيز الحرمة فإذا قال من الثمن وجد الشرط فيصم وإذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمي من المال والرشوة (٣٦٩) حرام لا تلزم بالضمان واعتراض

بأوجه الأول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمن التوجه المطالبة بها على المشتري ويقوم عنه الضامن ولم توجه عليه بالانفاق الثالث أن أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الأجنبية والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب في أصل هذه المسئلة بغنى عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق فإن ورد السؤال إذا كان لغرض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزأً جزأً فبما كان يكون بعض الثمن خالياً بمقابلته من البدل كالزيادة في الثمن إذا كان المبيع يساوي الثمن بل لازمة فتكون الزيادة على المشتري ثابتة بلا بدل ومثل ذلك يجب وإن ثبت على الأجنبية كبذل الخلع وإذا جاز ذلك بطل من التزمه لا غير والمثلن فيما نحن فيه الأجنبية

وأصله أن الزيادة في الثمن والمثلن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لغيرنا والشافعي لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري به شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصم اشتراطها على الأجنبية كبذل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصم وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصم

قول الضامن ذلك بعدم فإوضة بين فلان وسيد العبد بألف وأباه أو ابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لأنه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلق نفسك إن شئت فقالت طلقك يجعل قبولاً استحساناً فكذلك هذا وفي بعضها ما يفيد أنه يجب أن يكون أباه أو لامرأته وحصل الجواب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لأن قوله بيع عبدك أمر ولنظرة الأمر لا تكون في البيع إيجاباً على ما مر من أنه لو قال يعني هـ ذاك بكذا فقال بعته لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلق نفسك في التفويض في الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعد بعته من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك ولو لم يقل من الثمن فباع جازاً البيع بألف فقط لأنه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن إلى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافاً لغيرنا والشافعي رحمه الله والضمان جائز بالإضافة فقد وجد مقتضى لزوم بلا مانع وإذا لم يقل من الثمن لم يلزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه أباه إن باعه بألف وهذه رشوة أذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعتق بألف فقط ثم في الأول أن كان بأمر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لأن البيع على المشتري صار بألف وخمسمائة والمشتري إن راجع على ألف وخمسمائة ولو كانت داراً ولها شفع أخذه بألف وخمسمائة ولو رد بعيب أو تقابلاً فالبائع يرد الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للمانع بحبس المبيع على الخمسمائة ويراجع على ألف وبأخذها الشفع بألف ولو تقابلاً أو ردت بعيب أو تقابلاً البيع فلا جني أن يسترد الخمسمائة فإن قيل ينبغي أن لا يصح هذا لأن الشرع على أن الثمن على الأجنبية لا يجوز فكذلك على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخي بغير كون الشراء على أن الثمن على الأجنبية لا يجوز إذ لا رواية فيه عن أصحابنا وقبلة الرازي بأن محمداً نص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لأنه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فأولى أن لا يجوز إذا كان أصل الثمن على غير المشتري ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولو كثرت كراهية أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الهالة عليه للدين الذي عليه فالتزمه أبو قتادة رضي الله عنه فملى عليه فقد التزم ديناً لا في مقابلة شيء يحصل للزمن وهذه الزيادة من الأجنبية كذلك أذ لم يحصل للأجنبي في مقابلته شيء ودفع بانه لو كان بالنظر إلى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبية ولا يجوز ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف أن هذه الزيادة لها شبهة ببذل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء يسلم للزمن وبذل الخلع

(٤٦ - فتح القدير خامس) فلا يتوجه الطلب على المشتري ويظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فإن أصل الثمن لا بد وأن يقابل به شيء من المال فلا يكون كالزبدية مثلاً يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما يلزم وجوب شيء في مقابلته وقع في الكتاب والخمسمائة بالآلاف واللام في المضاف دون المضاف إليه وقيل لاختلاف في امتناعه وقال ابن عصفور وبعض الكتاب يجوزون ذلك وهو قليل جداً وقيل إذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتد بزيادة الخمسة بل الجري في المضاف إليه على حذف مضاف أي الخمسة خمسمائة (قوله بناء على الأصل المأثور) أقول في فصل بعد باب المراجعة

قال (ومن اشترى جارية ولم

الزوج جاز النكاح) (الوجود
سبب الولاية) (النكاح) (وهو
الملك في الرقبة على الركال)
ومائة مانع عن الجواز
لان المنع عن التصرف في
المبيع قبل القبض انما
يكون عن تصرف ينفذ
بهلاك المبيع قبل القبض
كما تقدم والنكاح ليس
كذلك وهذا التزويج
يكون قبضاً لان الوطء
كان بتسليط من جهة
المشتري كان فعله كفعله
(وان لم يطأها) (لزوج فابس)
أي مجرد التزويج (قبضاً)
استحساناً وفي القياس هو
قبض وهو رواية عن أبي
يوسف حتى ان هلك بعد
ذلك هلك من مال المشتري
لان التزويج عيب حكى
حتى لو وجدها المشتري
ذات زوج كان له ان يردّها
والمشتري اذا عيب المعقود
عليه صار قابضاً فصار
كالاتفاق والتدبير والتعيب
الحقيقي كقطع اليد وفوق
العين وجه الاستحسان
أن في التعيب الحقيقي
استيلاء على المحل باتصال
فعل منه اليه وبه يصير قابضاً
وايس ذلك في الحكمي فلا
يصير قابضاً والاتفاق
والتدبير اتلاف للمال له
وانهاء الملك ولهذا ثبت له
الولاية ومن ضرورته أن يصير
قابضاً

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطها الزوج فالتكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الركال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضاً لانه تعيب حكى فاعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا

يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كالانكاح في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء وجودها في مقابلة شيء أكثر احوال العقد فان احواله ثلاثة كونه خاسراً او راجحاً وعدلاً وكونه الا في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة وهو كونه راجحاً فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية في المشابهة خصوصاً اذا كان بيني عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة ثبتت تبعاً لجاز ان ثبتت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصوداً فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمتنا والاجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل فلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طوبى الكفيل بهادون فلان جاز هنا كذلك وذلك لأن المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطها الزوج فالتكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافاً للآفة الثلاثة أما الاول في وجود سبب ولاية الانكاح على الامسة (وهو ملك الرقبة على الركال) بخلاف مالوم ملكها لا على الركال كما في ملك نصفها لا على التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد باقرردون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا يفسخ به لالك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط صحة النكاح ألا ترى أن بيع الاتي لا يصح وتزويج الابقية يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النفي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض وورد في النكاح قبل القبض لينتبت بدلالته وأما الثاني فلان وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعله المشتري ولو وطئ المشتري كان قابضاً كذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضاً استحساناً حتى لو هلك بعد التزويج قبل الوطء هلك من مال البائع والقياس أن يصير قابضاً بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رجه الله حتى اذا هلك بعد ذلك هلك من مال المشتري لان المشتري لان التزويج عيب منه للمبيع وكذا ثبتت خوار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضاً وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعيب حكى بمعنى تقليل الرغبات فيه افكان كتنصان السهرله وكالاقرار منه عليها بدين والمشتري اذا أقرب دين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضاً كذا مجرد التزويج بخلاف الفاعل الحسي كان ففأعنيها مثلاً وقطع يدها فانه انما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير به قابضاً وايس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضاً والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالاعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء الملك ومن ضرورته انهاء الملك كونه قابضاً والتدبير من واديه لان به ثبت حق الحرة للتدبير ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً للحمد قال الصدر الشهيد والخيار قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصاركأن لم يكن فكان النكاح باطلاً وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن

قال (ومن اشترى عبدا فغاب المشتري الخ) رجل اشترى مفعولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم يتقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بئنه لم يملك ذلك حتى يقيم البيعة فها للثمة فاذا أقامها فلا يخلو ما أن تكون الغيبة معروفة أو لا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لأن ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده واقول قول الانسان فيما في يده فلا يدعى الملك كان مسموعا ولو أقر به لغيره كاملا صح بحكم اليد فكذلك إذا أقر به نافعا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فريده القاضي فيه كالراهن اذا مات المرتضى أحق بالرهون يباع في دينه ان تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان (٣٦٣) المبيع يباع في غنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يسبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البيعة لا ثبات الدين والاثبات على الغائب متمنع عندها وفيه بحث من أوجه الاول

المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يسبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البيعة لا ثبات الدين والاثبات على الغائب متمنع عندها وفيه بحث من أوجه الاول أن إقامة البيعة على الغائب لا تجوز لأنها تعقد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثاني أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث أن ذلك يفضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لافرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالفارقة بينهما التحكم والجواب عن الاول أن إقامة البيعة كما ذكرنا في التهمة لا للقضاء وانما القاضي يفتي بموجب اقرار المفسر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم

قال (ومن اشترى عبدا فغاب فأقام البائع البيعة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبيع في دين البائع) لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري (وان لم يدرك أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات المرتضى اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) قبل القبض وقد الثمن (فأقام البائع البيعة انه باعه اياه) ولم يقبض الثمن (فان كانت غيبته) المشتري غيبته (معروفة لم يبعه) القاضي (في دين البائع لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون البيع) فيكون ابطال الحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدرك أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا ببيع (١) وقوله وان لم يدرك أين هو بين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو وقول المصنف في تعليل بيع القاضي (لان ملك المشتري ظهر باقراره) يعني باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي أقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) بين أن البيع من القاضي ليس بهذه البيعة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هي الا لكشف الحال ليحيط به القاضي الى البيع نظر الغائب لا لثبوت الدين عليه فانه لو لم يقم المبيع الى ذلك (واذا تعذر استيفاءه) والفرض أنه أحق بمال هذا العبد لانه كالراهن في يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البائع أحق بمالته من سائر الغرماء كالمترين اذا مات الراهن فانه أحق من سائر الغرماء فبيعه القاضي على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أي البائع (لم يبق متعلقا به) بل هو دين في ذمة المشتري والبيعة حينئذ لا ثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي رحمه الله وقرئ برشيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البيعة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدى ولا حكمي فهو كإن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان التتابع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن يتفق عليه الى أن يحضر المشتري ويرجأ بالوفاء عن الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها الدفع البلية بخلاف ما لو أقامها بالثبوت حقا

وعن الثاني من وجهين أحدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من قبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذلك من يجعل وكيل عنه وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتساح تأخيرها والثاني أن البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز أن يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك لاعتبار كون الذي يقبضه المشتري فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ يظهر الفرق وان دفع الحكم (ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أي يتبع البائع المشتري

(قوله والثاني ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفتح مفعولا ثانيا ببيع صوابه لا وفي كاهن ظاهر كنهه

فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى يتقد جميع الثمن فاذا انقذه أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فالحاضر أن يرجع عليه بما انقذه لاجله وله أن يجبس نصيبه حتى يستوفي ما انقذه عنده عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر (٣٦٤) لا يقبض الانصبة مما يأتى لا غير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب

اذا حضر عاقله لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك (وهو أجنبي عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (وله ما انه مضطرفه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لا تخاد الصفقة ولكون المائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن) فان من أعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم أفلس الرهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لا مضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات أحكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحح الماختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضطرار في حالة حضوره مفقود لا مكان أن يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه

قال (فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى يتقد شريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الانصبة وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه (وله ما أنه مضطرفه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة) وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفي حقه كالمكسر بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

على الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبلها والاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة الغائب عما في يده لان البائع يستوفي حقه مما في يده وأورد عليه أنه يستلزم بيع الموقوف قبل القبض أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمننا لانه غير مقصود بل المقصود النظر للمائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بتقد جميع الثمن بالاتفاق فلو انقذه احتلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبي يوسف لا بل لا يقبض الانصبة على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما انقذه عند أبي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما انقذه عنه وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فيكون متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجنبي عنها (وله ما أنه مضطرفه) أى في دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا بأداء الجميع لان البيع الصادر اليهم مامن البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كغير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين يرجع على الراهن لانه مضطرفه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبنى السفل اذ لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء غيره ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ما صرفه غير أن في مسألة السفل لا يفرق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا وفي مسألة لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخاصمه الى القاضي في أن يتقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسألة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه في أن يبنى السفل لا يقضى عليه ببنيانه فيكون مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أى للحاضر ومثل صورة حضورهما في عدم الاضطرار مالوا استأجر رجلا نادرا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر في نقد حصة الغائب اذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام الترمذى واذا ثبت حق الحبس في مسألة الحاضر فلا حبسه الى أن يستوفي الكل ولو بقي درهمه كالمكسر بالشراء اذا انقذ الثمن من مال نفسه له أن يجبس

من الثمن فيمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين المبيع ما اذا استأجر دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطرا في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام الترمذى (واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالمكسر بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجيء ان شاء الله تعالى

قال (ومن اشترى جارية بألف منقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشترى بها بألف منقال ذهب وفضة صرح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة منقال (لانه أضاف المنقال اليهما على السواء) (٣٦٥) عطف على المضاف اليه وهو عطف

مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس أولوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قبل وكان الواجب ان يقيده المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لان الناس لا يتبايعون بالنبر ولا بد من بيان الصفة قطعاً للمنازعة ولهذا قيد بمحمد رحمه الله به في الجامع الصغير ويوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوماً من أول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشترت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاول للعطف الا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة منقال ومن الفضة درهم وخمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولقائل أن يقول النظر الى المتعارف يقتضي أن ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيات الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جيات (ففضاه زيوفا والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله

قال (ومن اشترى جارية بألف منقال ذهب وفضة فهم انصفان) لانه أضاف المنقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة منقال لعدم الاولوية وبطلانها لاشترى جارية بألف من الذهب والفضة فيجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيات ففضاه زيوفا وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفا ويرجع بدراهمه) لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا

المبيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ) صورتهما أن يقول اشترت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعثت هذه الجارية الخ واقتضى الجامع في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف منقال ذهب جيد وفضة قال هـ انصفان خمسمائة منقال ذهب وخمسمائة منقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجيد وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بافظ المضارع وان احتمل العدة اذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه ثبت الاتساق وفيه أن اضافة المنقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسل لا يوجب كون الفضة أيضاً مضافاً اليها المتقال وينبغي وهم أن يفسد بها لالة الفضة لان المنقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسله عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمنقال المتقدم فسر بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبده حر غداً وامرأته طالق وقعا جميعاً غداً فانه مضافان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة منقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما ينصرف أحدهما عن المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الا أن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراً من ذلك الدرهم وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الآن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه تقل أو خف بسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرض أو سماً أو غصبا أو ودعة أو بيعاً أو شراء أو مهر أو وصية أو كفالة أو جعلا في خلع ومنه ما لو قال على كرخنطة وشعير وسعسم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جيات ففضاه عشرة زيوفا وهو) أي رب الدين (لا يعلم) أم أن زيوفا (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشئ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يرد مثل الزيوفا ويرجع بالجيات) وذكر نضر الاسلام وغيره أن قوله ما قبض وقول أبي يوسف هو الاستحسان له أن حقه في الجودة مرعى لحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده (لانه لا قيمة له عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا)

وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفا ويرجع عليه بالجيات لان حقه في الوصف مرعى من حيث الجودة كما أن حقه مرعى في الاصل من حيث القدر فلونقص عن كيسة حقه يرجع عليه بقدره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منفرداً لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا

ولاي حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والاصل لم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلًا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها بما يجاب ضمانا غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنهما عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لم يدم تصور الانفكاك ولا بإيجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والفرض أنه من حيث الاصل مستوف فإيجاب الضمان باعتبار (٣٦٦) إيجاب عليه ولا نظيره في الشرع واعترض وجهين أحدهما ان إيجاب

والهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبق حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بإيجاب ضمان الاصل لانه إيجاب له عليه ولا نظير له قال (واذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تنكس فيها طي) لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لانه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك فصار كمن نصب شبكة للجفاف

من ضمان الاصل ليصل الى الوصف (والهما أنه) أي الزئوف (من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدال ابل نفس الحق (فيقع به الاستيفاء وانما يبق حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها) بعد هلاك الدراهم (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بإيجاب ضمان الاصل لانه إيجاب له عليه) يعني هو إيجاب للقابض على نفسه (ولا نظيره) في الشرع الا أن أبا يوسف يفصل يمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من إيجاب المثل يمكن وهذا كمال وجودها ستوفقة أو نهر حرة فهلكت أليس ردمثلها فان قال المستوفقة ليست من جنس البية ادحتي يصير مقتضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزئيف لان علم فرضي باعتبارانه حينئذ تدارك لبعض حقه وهو وصفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذا المديون لا يضمنه شأ قلنا يجوز ذلك اذا افاد كالمولى اذا أنف بعض أ كسب عبده المأذون وقد افادها تدارك حقه فصار كشرها الانسان مال نفسه الا اذا افاد ويجوز أن يشتري مال المصاربة أو كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظيره في الشرع وإيجاب يمنع الاتحاد في المستشهد به بل الضمان في المأذون للغرماء وهما المقبوض كانه ملك ومن له الحق ومن عليه واحد وهرب الدين ولا نظيره وفي النوازل اشترى بالحياد ونقد الزئوف أخذها الشفيع بالحياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها أمر ابحته فان رأس المال الحياد وفي الاحتباس اشترى بالحياد ونقد الزئوف ثم حلف أنه اشترى بالحياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث والله الموفق (قوله ولو أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تنكس فيها طي) أي دخل كناسه والكناس بيت الطي وفي بعض النسخ تنكسر أي وقع فيها فتكسر ويحترق به عمالو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا لا أخذ ولا يختص بصاحب الارض (لانه) أي لان كلا من الطير والبيض والفرخ وقد أصح في نسخة لانها (مباح سبقت يده) أي يدا لا أخذ اليه (ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلقوه به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لانه المفقود بقوله تعالى تناله أيديكم في قوله تعالى ليلو نكم الله بشي من الصيد تناله أيديكم ورماحكم كذا ذكر وقوله (وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) جملة حاله هي قيد لقوله فهو لمن أخذه أي انما يكون لا لا أخذ الا لم يكن صاحب الارض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئر السقط فيها أو أعدها مكانا للفرخ ليأخذها فان كان أعدها لذلك لا يملكها الا أخذ بل رب الارض يصير بذلك قابضا حكما كن نصب شبكة ليحفر فيها فتعقل بها

الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يقدوه نهنا يفيد فصار كمن سب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثاني ان المقصود الاصل هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة لغة انما هي الغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الاصل تابعا له قال (واذا أفرخ طير في أرض رجل الخ) اذا أفرخ طير في أرض رجل ولم يعد لها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها أو تنكس فيها طي) وفي بعض النسخ تنكس فيها طي) لانه مباح سبقت يده اليه (فيلكه) (ولانه) حينئذ صيد والصيد لمن أخذه (بالحديث) وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرج منه عن الصيد كصيد انكسر رجله بأرض انسان فانه لا أخذ دون صاحب الارض والتكس التستر وعناه في الاصل دخل في

الكناس وهو موضع الطي ومعنى تنكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض في معنى الصيد) لانه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه (قوله وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) اشارة الى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو لا أخذ

(قوله وعن الثاني ان الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع الى تغيير الدليل والله أعلم

وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع مائثر من السم كزوال دراهم في ثيابه مالم يكفه أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه لانه عديم أنزاله فملكه تبعه الارضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في أرضه بجريان الماء والله أعلم

كتاب الصرف

(وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع مائثر من السكر والدراهم في ثيابه مالم يكفه) أي يضمه الى نفسه (أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه) فان غسل صاحبها (لانه عد من أنزاله) أي من أنزال الارض بناويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان غسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصار تابعاً لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء) بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الصرف

(١) قول الفتح وذ كرضمير لانه الخ هكذا في الاصل والله في العبارة تحريفها والصواب وذ كرضمير أنزاله وهو عائداً الى كنهه مضمعه

صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعد لها الآن لا لاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلم فأغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه مالم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه صمدية نائية عن ظرف الزمان أي لا أخذ في زمان عدم كفه الثوب وقوله أو كان مستعدا له أي للثمن بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدار تقديره فاذا كفه أو كان مستعدا فهو له أما اذا غسل النخل في أرضه فهو لصاحب الارض لانه عديم أنزاله أي من زيادات الارض أي ما نبت فيها فملكه تبعه الارض كالشجر النابت فيها والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والآن لا زال جمع نزل وهو الزيادة (١) وذ كرضمير لانه وهو عائداً على الارض وهي مؤنثة على ناويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال فلا مزية ودقت ودقها * ولا أرض اقبل ابقالها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فن أخذ السمك فهو له وكذا في حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو لا أخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتاعه رجل فان كان بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء لا أخذ ولو باض صيد في أرض رجل أو تكسر فيها فخاها رجل لبا أخذ منه صاحب الارض فان كان في موضع بقدر صاحب الارض على أخذه قريبانه بان كان بحضوره كان الصيد لرب الارض كانه أخذ منه وان لم يكن بحضوره لا يملك

كتاب الصرف

لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجوداً وأيضاً لما كان عقد داء على الاثمان والثمن في الجملة تبع ما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الأصلية أعني المبيعات ومفهومه لغة وشرا عايد كره المصنف وشروطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف الجنس ولهذ لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملاك أو تمامه على الرايين منهم وذلك يخجل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعمين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع المالك في المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب أو رؤية جازاً لانه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار به هذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره وكذا صاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلى ولو أسقطا في المجلس خيار الشرط والاجل عاد الصرف صححهما خلافاً لغيره وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فأنما هو حكمه والجواب أن المختار انه ليس بالشرط بقائه على الصحة فلا إشكال على قول البعض القائلين انه شرط الجواز وأجابوا بان تأخره ضرورة نفي إيجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارناً أو متقدماً مشرعاً وان كان متأخراً ضرورة ولا يخفى في أنه ينبغي أن يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر وأما مفهومه شرعاً فيبيع ما من جنس الاثمان ببعضها ببعض وهذا قول

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الامان وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم في اول السلم وسمى هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما الحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرذغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها بما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلم يطلب به (٣٦٨) الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا وقد

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الامنان) سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرذغة وأولاه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

القدروى (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الامنان) وانما قال من جنس الامنان ولم يقتصر على قوله بيع عن ثمن لم يدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنه صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك يبيعه صرف وانما سمي اصطلاحا به لان مفهومه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفه عنى واصرفنى عنه ونقل كل من البديلين عن مال كذا الى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أى معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقصده الا الزيادة دون الانتفاع بعين البديل الآخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والجار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والاخلا العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم لم من اتى الى غير الله لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا ولا عدل هو الفرض سمي به ليكون أداء الخلق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أى من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله عليه وسلم من اتى الى غير الله لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا ولا عدل هو الفرض سمي به ليكون أداء الخلق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

كتاب الصرف

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم) أقول الذي يهيم به هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كالا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضا كما كتب به (قوله ما كان

فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول الاظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على مشروعيته) (قوله) قوله وأحل الله البيع الخ) أقول البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء بيع وليس بشروع فان قيل ما ذكره مشروع بأصله قلنا فليكن فائض فيه كذلك أيضا وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشرط الاول لا يخفى عن الثالث اذا المراد بشرط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا فاذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقاض يزول الفساد فتأمل

قال (فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل العنل وان اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً وزناً يبدأ بيد والفضل رباحاً الحديث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق)

قال (فان باع فضة بفضة الخ) فان باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل العنل وان اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الرباح حديث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الاصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ببناء كسر واني قد أحكمت صياغته فبعثني به لابيعة فأعطيت به وزنه وزيادة فذكر ذلك لعمرفقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) واجب بالمتقول وهو

(قوله فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل العنل) يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا في الجودة والصياغة) فيدخل الاناء بالاناء فلو باعاه ما مجازفة ولم يعلم ما و كان في نفس الامر متساو بين لم يجز ولو زان في المجلس فظهر امتساو بين يجوز وعند أبي حنيفة لا يجوز ولو زان بعد الافتراق لا يجوز وان كانا متساو بين خلافاً لفرهو يقول الشرط التساوي وقد ثبت واشترط العلم بزيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلوم شرعاً ومالم تعلم المساواة بوزن الزيادة حاصل فيكون كسبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز زاناً وزناً في المجلس فظهر امتساوياً أيضاً لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشئ الا أن لان ساعته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الخطئة بالخطئة وزاناً معلوماً فلعدم العلم بالمساواة كيلاً إذا المساواة وزناً لا تستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكياً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا إذا اقتسم مكياً ما وزناً لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدر أي بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعاً في الحديث أن يجعل عاملاً متعلقاً بالجزء الذي يباع بالذهب مثلاً بمثل نعم حديث الخديري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا بمثل العنل ظاهر في أنه مفرغ للحال وبقيت الحديث ولا تشفعوا بعضهم على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا بمثل العنل ولا تشفعوا بعضهم على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز والشك بالكسر من الاضداد يقال للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تريدوا بعضها على بعض ولا ينضج في معنى النقص والافعال ولا تشفعوا بعضهم على بعض وقوله وزناً وزناً بعد ذلك ولا تشفعوا في حديث البخاري المذكور تفسيره مثلاً بمثل فان المثلبة أعم ففسرها بانهم امن حيث المقدار وتقدم حديث جيدها ورديها سواء أيضاً ونخرج به وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بخاري محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ببناء كسر واني قد أحكمت صياغته فبعثني به لابيعة فأعطيت وزنه وزيادة فذكر ذلك لعمرفقال أما الزيادة فلا هذا ويدخل في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع انا فضة أو ذهباً ببناء فضة أو ذهباً أنقل من الآخر لا يجوز بخلاف انا من غيرهما نحاس أو شبيهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزاناً من النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضاً وذلك لان صفة الوزن في التقدير منصوص عليها فلا يتغير بالصناعة ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عدداً لا تعرف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع (قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) باجماع الفقهاء وفي فوائد القدرى المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخليع يد باليد ذكرنا آنفاً أن المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فاذا افتراقا بطل العقد وانما يبطل به وجوده وهو الاصح وثمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف ينسد فيما ليس صرفاً

(ماروينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظر ك أن يدخل بيته فلا تنتظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو (انه لا بد من قبض أحدهما انما العقد عن الكائي بالكائي وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة فليحقق الربا) (قوله في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد (قوله ولان أحدهما) دليل آخر وتقريره ان أحد العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا (ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق ماروينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره (قوله ولانه ان كان يتعين الخ) جواب عما يقال ببيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كائي بكائي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعيينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه مما خلقه فليست شرط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا فان قيل فعلى هذا التقرير (٣٧٠) يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسبة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب

لماروينا وقول عمر رضي الله عنه وان استنظر ك أن يدخل بيته فلا تنتظره ولانه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكائي بالكائي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولان أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ماروينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه مما خلقه فليست شرط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهب عن المجلس عشرين معافى جهة واحدة أو ما في المجلس أو أغنى عليهم ما لا يبطل الصنف لقول ابن عمر رضي الله عنه عند أبي حنيفة رجه الله ولا يفسد على القول الأصح وقوله (لماروينا) يعني قوله يدا بيد وكذا ماروينا من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا يبيع عوامها غائبان جاز وقول عمر وان استنظر ك إلى آخره واه مالك في الموطأ عنه قال لا يبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا يبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والاخر ناجز وان استنظر ك أن يبل بيته فلا تنتظره الا يدا يدها وهاتان أخشى عليكم الربا وفي رواية قال الربا بالميم وهو الر با ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره المصنف وحده ان لا تقدم منزلة على النسبة فيحقق الفضل في أحد العوضين وهو الر با ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعل معاملة النسبة قال لا بد شرعا من قبض أحد العوضين كى لا يلزم الكائي بالكائي أي الدين بالدين فالويلم يقبض الآخر لزم الر با بما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهم ما متو يان في معنى الثمنية فاذا وجب قبض أحدهما فكذلك الآخر لعدم الأولوية فان قيل تعذيل الكتاب يخص الثمين المحضين الذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لا يطلق ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلل الاطلاق المذكور بأن المتعين أيضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق عتقا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلا لانه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص الحاق شبهة الشبهة بالثبوت في باب هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهم الوشيا كل في

بالمضروب نسبة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ ونسبة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلقا مما خلقه عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النزاع عنها أوجب بأن عدم الجواز في المضروب نسبة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة (والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة أو ما في المجلس أو أغنى عليهم ما لا يبطل الصنف لقول ابن عمر رضي الله عنهما

قال المصنف (تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا)

أقول سيجي بيان لزوم الربا من الشيخ كمل الدين في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه جهة (قوله قيل هو منصوب الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني والظاهر ان يكون معطوفا على قوله تحقيقا للمساواة بحسب المعنى (قوله فان قيل الى قوله بالمصوغ نسبة الخ) أقول المراد بقوله نسبة انتفاء القبض لا التأجيل كالا يخفى على المتأمل في السياق (قوله فاذا يبيع مضروب بمصوغ نسبة) أقول أي بلا قبض (قوله كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا يبيع بدون القبض لزم شبهة النسبة ونعم تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة الى ما سبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في عدم اشتراط القبض في سائر الاموال الربوية فراجع (قوله أوجب بأن عدم الجواز في المضروب نسبة الخ) أقول أي بدون القبض (قوله بقوله يدا بيد) أقول اذ معناه عينا بعتن على ما سلف في باب الر با والتعيين في المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بينت فثبت اشتراط القبض فيه بالنص بخلاف المصوغ فان تعيينه لا يتوقف على القبض اذ هو مبيع متعين في نفسه الا أن فيه شبهة عدم التعيين بالنظر الى أصل خلقه فعدم جواز بيعه بلا قبض جامع هذه الشبهة فليتنامل

وان وثب من سطح فقب معه) وقصته ما روى عن أبي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت أنا أتقدم أرض الشام ومعنا
الورق الثقيل الناقصة وعندهم الورق الكاسدة فنباع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك ذهب واشتر ورقهم
بالذهب ولا تنافقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فقب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس أن بين
أسائل الطريق المحصل المقصود مع التعرض عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا
لى جهتين يوجب تفرق الايدان وهذا المذكور من التفرق هو المعترف قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار الخيرة) يرجع الى قوله
لم يبطل الصرف يريد أن مشى الخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل (٣٧١) خياره لانه يبطل بالاعراض

(وان باع الذهب بالفضة
جاز التفاضل لعدم المجانسة
ووجب التقابض لقوله
صلى الله عليه وسلم الذهب
بالورق وبالاهاه وهاء)
وزنه هاع بمعنى خذ ومنه
قوله تعالى هاؤم افروا كتابه
(قوله فان افتراقا في الصرف)
متعلق بقوله ولا بد من
قبض العوضين يعني لبقاء
العقد فان افتراقا قبل
قبض العوضين أو أحدهما
بطل العقد لفوات شرط
البقاء وهذا صحيح بخلاف
قول من يقول ان القبض
شرط الصحة فان شرط
الشيء يسبقه والقبض
انما هو بعد العقد وما
أوجب به بأن شرط الجواز
ما يشترط مقارنا لحالة العقد
الأن اشتراط القبض مقارنا
لحالة العقد من حيث
الحقيقة غير ممكن من غير
تراض لما فيه من اثبات
اليد على مال الغير بغير
رضاه فعلقنا الجواز بقبض

وان وثب من سطح فقب معه وكذا المعترف بما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار الخيرة لانه
يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله
عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق وبالاهاه وهاء (فان افتراقا في الصرف قبل قبض العوضين أو
أحدهما يبطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض

جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح فقب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف
المكان بل اذا لم يوافق الاخر فيه وهذا لان مجرد وثوب أحدهما اختلف مكانه ما لم يعتبر مانعا اذا لم
ينب معه وحديث ابن عمر هذا غير صحيح من كتب الحديث وذكره في المبسوط فقال وعن أبي جيلة
قال سألت عبد الله بن عمر فقلت أنا أتقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقيل الناقصة وعندهم الورق الخفاف
الكاسدة فنباع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك ذهب واشتر ورقهم
بالذهب ولا تنافقه حتى تستوفي وان وثب عن سطح فقب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل
كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتي اذا أجاب لا بأس أن بين
للسائل طريقا لتحصيل مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بيع التمر يبيع آخر ثم
اشتره انما المحذور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الوجوبات قال (وكذا المعترف قبض رأس مال السلم)
يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار الخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار
بطل وكذا اذا امتدت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضهما عما كانت فيه لان المعترف
الابطال هناك دال على الاعراض والقيام ونحوه دال على فسخه في المجلس ولتعلق الصحة بعدم الافتراق
لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أغنى عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف
كخيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين
فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم ولا آخر عليه مائة
دينار فأرسل رسولا يقول له بعنك الدراهم التي لي عليك بالدينار التي لك على فقال قبلت كان باطلا وكذا
لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهم متفرقان وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أني
اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف
والحوالة به كافي رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة
واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه
وسلم الذهب بالورق وبالاهاه وهاء بالبر بالاهاه وهاء بالشعر بالشعر وبالاهاه وهاء بالتمر بالتمر

يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كافي الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد
حكم ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمهّل مع حصول
المقصود يجعله شرط البقاء

قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالايدي فتأمل تدبر ثم قوله بالايدي على معنى دون المكان
(قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه الخ) أقول فيه بحث وجوابه ظاهر (قوله وما أوجب به بأن شرط
الجواز) أقول قوله وما أوجب مبتدأ وخبره يبيح بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمهّل (قوله فعلقنا الجواز) أقول في التفرع يرجع تأمل
الجواز ان يشترط القبض بالتراخي قبل العقد وأما لو قال لمانعه من ايجاب اثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراض لا ندفع ذلك

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا يدفع منه من مبيع وماعة سوى الثمن وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا
فجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمان وجه وان كانا مبيعين خالفة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة واعتبرنا
كل واحد منهما مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لان عدم الاولوية فان مادخله
الباء أولى بالتمسك وأجيب بأن ذلك في الائتمان العملية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والذات إذا كانت في الذمة
لا في الائتمان الحقيقية قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان (٣٧٣) بدل الصرف مبيعا وجب أن

يكون متعينا فقال كونه
مبيعا لا يستلزم التعيين فان
المسلم فيه مبيع بالاتفاق
وليس بتعين وعورض بأن
كل واحد منهما لو كان مبيعا
لا يشترط قيام الملك بينهما
وقت العقد وليس كذلك فانه
لو باع دينار بدرهم وليس في
ملكه ما فاسد تقرض في
المجلس واقرضا عن قبض
صح وأجيب بأن الدراهم
والذات حالة العقد من
كل وجه وانما اعتبر من
العقد ضرورة العقد فيجعل
منه باعده تماثله فلا يشترط
وجوده قبله قال (ويجوز
بيع الذهب بالفضة مجازفة)
إذا كان الصرف بغير الجنس
صح مجازفة لان المساواة فيه
غير مشروطة لكن القبض
شرط لقوله صلى الله عليه وسلم
الذهب بالورق ربا الا هاهنا
وهو والمعتق والمقدم
مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف
بيعه بجنسه مجازفة فانه
لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان
قدرهما وان كانا متساويين
في الوزن في الواقع لان العلم
بتساويهما حالة العقد شرط
صحته لان الفضل حينئذ

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمن فيجعل كل واحد
منه مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون
متعينا كما في المسلم قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن
يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا

نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين
فاضافه الى هذا قد لا يدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدرهم لم يصفها وهذا على
احدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات فأما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح
بيع الثوب كقولنا قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال بقوته فكان شرط انقضاء ثمن الثوب
من بدل الصرف شرطا فاسدا فمتنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكرنا
في عدم تعين النقد في البيع من انه لو أشار الى درهم وعينها كان له أن يبيعها ويدفع غيرها وحاصل
شراء الثوب ببديل الصرف ليس الاتعيين الثمن الدرهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا منع الجواز بطل
ما ذكرنا في عدم تعين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لاجرم
أن المصنف انما أجاب بأن الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء المبيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن
فكان كل ثمن منهم مبيعا وثمان وجه له بدل الثوب وثمانه يبيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني
واذا لم يجوز لم يدخل في ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين
بدل الصرف فمتناجزا أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال
بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بأن البيع انعقد موجبا
دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقدير الثمن الثوب سواء مبيعا أم متاعا لانه انما يلزم بيع
المبيع قبل القبض اذا لم يسلّمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من
ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن يملكه البائع ولما لم يمكن تعليق بائع الثوب بدل الصرف لم
بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه أعني أن البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي
في ذمة المشتري قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدرهم لا يتعين فاذا لم يتعين يقع البيع بمثل
بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتنظير انه بائع بغير
الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لان اجازة
بيع الثوب على ما قررنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لان نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة)
وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالخطبة بالشيء غير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم
بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه) أى في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك (لكن)
يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاهنا

موهوم والموهوم في هذا الباب كالتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة في علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما أراد المماثلة في علم
العاقدين ولم توجد وان لم توجد فان كانا وزنا في المجلس وعلم في المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينتقل
جائز انكسبهم استخصنا جوازهم لان ساعات المجلس كساعة واحدة

قال المصنف (ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة بقدر الضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعا فيما اذا
جعل في مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سجد في بيع الدراهم الغالبة الغش عليه ما تفاضلا حيث شرط القبض في المجلس (قوله
إذا كانت دينارا) أقول وقابلها مبيع

وقال زفر رحمه الله اذا غلب التساوي بالوزن جاز سواه كان في المجلس أو بعده لان الشرط هو المائنة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في الملهما قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الخ) الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها ماصرا فاما يقابلها من الثمن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقهها طوق فضة فيه ألف مثقال بالني مثقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا الذي نقد عن الفضة لأن قبض حصصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة (٣٧٤) بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفرقا للذمة

كما اذا ترك سجدة صلاتية وسهيا أيضا ثم أتى بسجدة في السهو وسلم تصرف إحدى سجدي السهو إلى الصلواتية وان لم ينو هاليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالني مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالتقد عن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا الوباغ سيفا محلى بمائة درهم وحليته خسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكنا عنه ما جاز البيع وكان المقبوض حصصة الحلية لما بينا أن الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد راد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما ما فيعمل عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام

قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقهها طوق فضة قيمته ألف مثقال بالني مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا الذي نقد عن الفضة) لان قبض حصصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بالني مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالتقد عن الطوق) لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منه ما (وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذا ان قال خذ هذه الخمين من ثمنهما) لان الاثنين قد راد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحصل عليه اظهر حاله (فان لم يتقابضا حتى افترقا

لكن العادة في مثله أن يقول المارو بنام المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فغير بالمجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقهها طوق فضة فيه ألف مثقال بالني مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف المنقود إلى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذ هذه منهم ما صرف أيضا إلى الطوق وصح البيع فيه ما تقرر بالجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذا الظاهر قصدهما إلى الوجه المصحح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذ هذه منهم ما عارضه أيضا قلنا لان المثنى قد استعمل في الواحد أيضا (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح وبامعشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيأحوثهم ما وانما نسيأه فتي موسى (وقال صلى الله عليه وسلم في) قصة (ما لئن الحوثر وابن عم له اذا سافر عما اذا نأوا قريبا وانما أراد ان يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أحييت دعوتكما والمراد دعوة موسى لأنه قد قيل ان هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صبح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا واذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الاقراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل فوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتهما مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضوم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا

فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد نصريح من القول قوله ان المدفوع عن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا

(قوله اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواه) أقول فيه بحث فانه اذا لم يوزن أصلا فانه قد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارح وغيره في المسئلة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتام في جوابه (قوله وان قال عن ثمن السيف الى قوله لان الترجيح الخ) أقول فيه بحث

بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضر وفكك لالت لعدم امكان التسليم بدونه ولهدا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه يمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة) يعني الثمن (أزيد عما فيه) أي المبيع نعم للكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خسون والثن مائة فكان ذكره مستغنى عنه ولكنه عم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهي أربعة الاول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جاز لان مقدارها يقابلها والرائد يقابل الغير فلا يفتى الى الربا والثاني أن يكون وزن المفردة مثيل المنضمة وهو غير جاز لانه بالان الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير (٣٧٥) جنسها والثالث أن تكون المفردة

أقل وهو أوضح والرابع أن لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد ودونهم الفضل خلافا للرفر فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فان لم يعلم بحكم مجوازه والجواب أن ما لا يدري يجوز في الواقع أن يكون مثلا وان يكون أقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والافسد فتعددت جهة الفساد فترجحت واعترض بأن كل جهة منهم ماعلة للفساد فلا يصح الترجيح وأجاب شمس الأئمة السركردري رحمه الله بأن مراده أنه اذا كان أحدهما يكفي للحكم فباطنك بهما لا الترجيح الحقيقي اذا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال (ومن باع اناة فضة ثم افتتر قال الخ) ومن باع اناة فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض واقترا

بطل العقد في الحلية) لانه صرف فيها (وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر وله- هذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف (وان كان يتخلص بغير ضرر جاز بالبيع في السيف وبطل في الحلية) لانه يمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة أزيد عما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجهه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناة فضة ثم افتتر فاد قبض بعض عنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال (ولو استحق بعض الاناء فالتشترى بالخيار ان شاء اخذ الباقي بخصته وان شاعرده) لان الشركة عيب في الاناء بطل في حصة الطوق والحلية لانه صرف فيما او يصح في الجارية واما السيف فان كانت الحلية لم يتخلص منه الا بضر فبطل فيه وفي السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضر فبطل فيه وله- هذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كان يتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه يمكن افراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلة مقيدا اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل أو لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الاخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بأن جهة الفساد متعددة فأنهم امن وجهين وهو تجوز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فأنهم اعلى تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح عما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بأن المعنى ان احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف اذا احتملا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع اناة فضة بفضة ثم افتتر فاد قبض بعض عنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض (لا يشيع) (الفساد) في الكل لانه (طارئ) بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة في الكل (فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة اذا اشترى بالفضة بذهب أو بالذهب بفضة مع غيرها أو بالذهب بفضة مع غيرها فان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بخصته وان شاعرده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة بطل البيع فيما لم يقبض عنه وصح فيما قبض واشترى كافى الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح أي بقي صحه في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على أن القبض في الجماس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بخصته وان شاعرده لان الاناء عيب الشركة اذا اشترى بالفضة بذهب أو بالذهب بفضة مع غيرها أو بالذهب بفضة مع غيرها فان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بخصته وان شاعرده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة بطل البيع فيما لم يقبض عنه وصح فيما قبض واشترى كافى الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح أي بقي صحه في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على أن القبض في الجماس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بخصته وان شاعرده لان الاناء عيب الشركة اذا اشترى بالفضة بذهب أو بالذهب بفضة مع غيرها أو بالذهب بفضة مع غيرها فان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بخصته وان شاعرده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة بطل البيع فيما لم يقبض عنه وصح فيما قبض واشترى كافى الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح أي بقي صحه في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على أن القبض في الجماس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة

الاقتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الاقتراق لا عن قبض

قال (وان باع قطعة نقر الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة مضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بمحضها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعض لا يضره بخلاف الاناء قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين بجاز البسج الخ) رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين بجاز البسج وجعل كل جنس بخلافه لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة

والاصل أن الاموال الربوية
المتخلفة الجنس اذا اشتمل
عليها الصنعة وكان في صرف
الجنس الى الجنس فساد
المبادلة يصرف كل جنس
منها الى خلاف جنسها
عند العلماء الثلاثة
تصحح العقد خلافا لهما
فالان في الصرف الى خلاف
الجنس تغير تصرفه لانه
قابل الجملة بالجملة ومن
قضية التقابل الانقسام
على الشيوع لا على التعيين
ومعنى الشيوع هو أن يكون
لكل واحد من البدلين حظ
من جملة الآخر والدليل على
لك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا
سوارا بعشرة ووفو باعشرة
ثم باعهما مائة لا يجوز
وان أمكن صرف الربح
الى الثوب وكذا اذا اشترى
عبدا بألف ثم باعه مع عبد
آخر قبل نقد الثمن من
البائع بألف وخمسمائة
لا يجوز في المشتري بألف
وان أمكن تصحيحه لصرف
الالف اليه وكذا اذا جمع
بين عبده وعبده غيره فقال
بعثك أحدهما لا يجوز وان
أمكن تصحيحه بصرفه الى
عده وكذا اذا باع درهما

(ومن باع قطعة نقره ثم استحق بعضها أخدم باقى بمحضته ولا خياره) لانه لا يضره التبعض قال
(ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي
رحهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعبر وكر حنطة بكري شعير وكرى حنطة ولهما ان
فى الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع
لاعلى التعيين والتغيير لا يجوز ان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوب باع عشرة
ثم باعهما مائة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه
قبل نقد الثمن من البائع مع عبدا آخر بألف وخمسمائة لا يجوز فى المشتري بألف وان أمكن تصحيحه
بصرف الألف اليه وكذا اذا جع بين عبده وعبده غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه
بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوب بدرهم وثوب واقترا فان غير قبض فسد العقد فى الدرهمين
ولا بصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا

نقرة ثم استحق بعضهما حيث بأخذ الباقي بحصتها (ولا خيار له لأنه لا يضره التبعض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لا مكان أن يقطع حصته منها (قوله ومن باع درهمين ودينارين ودينارين ودرهم جاز) البيع (وجعل كل واحد) من الجفسين (بمئة لافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة) أو باع السيف المحلى بفضة بـ سيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحلتين وكذا درهم ودينارين بدرهمين ودينارين (لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف العاقد (لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعتبار التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلاً لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه وأجزاء جنسه أكثر إذا جزء دينار أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينارين مقابلة لجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن ولكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الألف بنفسها مقابلة للذرة أخرى وأخرى ولأنه حينئذ ينتفي الانقسام بادنى تأمل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشتري عبداً وجارية بثوب وقرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والقرس جميعاً ولو لا أن الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والقرس جميعاً وتغير تصرفهما لا يجوز وأن كان فيه تصحيح التصرف بدليل الإجماع على أن من اشترى قبلها ووزنه عشرة عشرة ووزن باع عشرة ثم باعها مرة بصفة واحدة لا يجوز وأن أمكن صرف الربح إلى الثوب وحده ليحلوا القلب عن التفاضل وكذا إذا اشترى عبداً بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبداً آخر بألف وخمس مائة لا يجوز وبفسد في المشتري بألف وأن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه وكذا إذا جاع بين عبده وعبده غيره وقال بعد ذلك أحدهما لا يجوز وأن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده وكذا إذا باع درهمين ودينارين ودينارين ودرهم بفسد في الدرهمين ولا يصرف إلى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام إجماعية كاهادالة على أن تغيير الانصرف

فإنه لا يجوز أن يبايع بغير قبض ففسد البيع في الدرهم ولا يصرف إلى الثوب وليس ذلك كله إلا لما لا يجوز

فوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول لا يطابق المشروح (قوله لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الخ) أقول ذلك في الثالث غير ظاهر
 لأنس فيه مقابلة الجملة بالجملة فلستأمل

ولنا ان المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد فكان جازا لارادة بل ينبغي ان يكون مراد الما انه جازا لارادة فلان كل مطلق يحتل المقابلة للمحالفة ولهذا اذا باع كرو حنطة بكمية فافسد لان الكرو قابل الكر وفضل الآخر واما وجوب أن يكون مراد افلا نه طر يق متعين لتصحح البيع قد يجيب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك بامكان أن يكون درهم من الدرهم من بمقابلته درهم والدرهم الآخر بمقابلته دينار من الدينارين والدينار بمقابلته دينار الاخر فلنا هذا غلط لاننا ما اردنا من الطر يق الا الصرف الى خلاف الجنس على أى وجه كان على ان فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو اقل تغير امتعين والجواب عن قواهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله والاول مسلم ولا نعلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع (٣٧٧) لان موجبه الاصل وهو ثبوت

الملك في الكل بمقابلته الكل باقى على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عيد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تعجها لتصرفه بخلاف ما عدى من المسائل أما مسئلة المراجعة فلا نه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطر يق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخرة العقد انعقد تعجها والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا بعدنا بالمعاملة تحقيقا وهنالم تحقيق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز وللخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المعاملة فيما اذا تعجفت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني ممنوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله انه أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضى الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قبل معين معين وتفاضلا وجبته لاجل الحاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتضوه بناء على أصلي اجماعى وهو أن ههما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على الجواز وترك حقيقة اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ به اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظر والى أن المقابلة على وجه الشبوع ان لم تقتض حقيقة الربا ستمتزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما ينتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تغيره فانه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طر يق متعين للتصحیح فوجب حله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كانه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شأنها لأصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلته الكل وصار كما انفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تعجها لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها عدم الامكان والتعيين أما مسئلة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذا يصير تولية في القلب واعتراض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المنقضى على الواحد في مسئلة الطوق

الملك في الكل بمقابلته الكل باقى على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عيد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تعجها لتصرفه بخلاف ما عدى من المسائل أما مسئلة المراجعة فلا نه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطر يق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخرة العقد انعقد تعجها والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا بعدنا بالمعاملة تحقيقا وهنالم تحقيق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز وللخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المعاملة فيما اذا تعجفت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني ممنوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله انه أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضى الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قبل معين معين وتفاضلا وجبته لاجل الحاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتضوه بناء على أصلي اجماعى وهو أن ههما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على الجواز وترك حقيقة اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ به اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظر والى أن المقابلة على وجه الشبوع ان لم تقتض حقيقة الربا ستمتزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما ينتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تغيره فانه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طر يق متعين للتصحیح فوجب حله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كانه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شأنها لأصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلته الكل وصار كما انفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تعجها لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها عدم الامكان والتعيين أما مسئلة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذا يصير تولية في القلب واعتراض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المنقضى على الواحد في مسئلة الطوق

(٤٨ - فتح القدير خامس) العقد لا في وصفه وأما الثانية فبقوله والطر يق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف للمشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما الثالثة فلا نه أضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشئ لا يتناول ضده وأما في الاخرة فان العقد قد انعقد صحى وفسد حاله البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعنى ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح

(قوله فلان كل مطلق يحتل المقيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع لغوى فلا يراد به بول الى مقابلة المنع بالمنع

والجارية أن يحمل قوله بعتم ما بعثتم من مراجعة فيه ما بعثتم أن يحمل فيه ما على أحدهما يعني الثوب كما حل قوله خذ هذه الألف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصرف مراجعة لا يضر إذ يصدق أن العقد مراجعة بثبوت الرجوع في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو ما إذا باع عبد اشتراه بألف من اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن يكون بصرف الخمسمائة إلى العبد الآخر فيكون بائعا ما اشتراه من اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لأنه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير بائعا للشيء من اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه ونقض بأن طريق الصحة أيضا ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو أن يعتبر بمقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم أجيب بأن التغيير ما يمكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون إلا بما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فإن فيه ثلاث تغييرات وأيضا فإن الذي ادعيناه طريق قيام متعينا هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن أن أن يصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس وإلى هذا يرجع قول صاحب الكافي في الجواب التام عدد انما يمنع الجواز إذا لم يكن لاحد الوجوه ترجيح بل تساوت لأنه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجع فتتساوى الوجوه فيمتنع أما إذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لأن العقد ورد على اسم الدرهم والدرهمين فلا يغير عنه ونحن أسلفنا لنا في أصل هذا الأصل نظر استند إلى جواز ثبوت الشيء بعمل مستقلة اجتمعت دفعة وأما في المسئلة الثالثة وهي ما إذا جاع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما فلا إن البيع أصيب إلى المنكر وهو ليس بعمل لا يبيع لجهالتك ولأن المعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده فليس بشيء لأن المعرفة مما صدقات النكرة فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك أنه محتمل فيجب حله عليه وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدي أو جاري حرانه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضاف إلى المعين وأعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة أن لحظه جواب فذلك والألف لا يضره النقض في إثبات المطلوب انفايته أنه خطأ في محل آخر إذا عترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأ في محل النزاع وأما في المسئلة الأخيرة وهي ما إذا باع درهم ما وثوب بدرهم وثوب واقتربا لاقبض فليس مما نحن فيه فإن العقد انعقد صحيا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بفساد وكلامنا ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس إلى خلاف جنسه ليقى صحيا كما يصرف لبنه قد صحيا والمقتضى واحد فيه ما هو والاحتياط للصحة قلنا الفساد هناك ليس طريقه متحققا ولا مظنونا ليجب اعتبارا بالصرف من أول الأمر بل يتوهم لأن الطاهر أنه ما يتقاضان بعد ما عقد قبل الافتراق فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار وأما المسئلة المستشهد بها أولا وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الأصل وانما قلنا إذا كان تصحيح العقد يخص بل باعتبار التوزيع وجب المصير إليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة ألا ترى إلى ما في الإيضاح قال الأصل في هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البديلين على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة فإن كان العقد مما لا ربا فيه فإن كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة وأما فيما فيه الربا فانما يجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والشيء الآخر بالدينار وكذا

قال ((ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار الخ)) المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جفتين من الأموال الربوية وفي هذه أحدهما وهي صحيحة كالاول وتكون العشرة بعثلهما والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهر اذا الظاهر من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة جلا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال (ولو تباعفاضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيأ معه بخمسة عشر درهما فاما (٣٧٩) أن يكون مماله قيمة أو لا والاول امان

قال (ومن باع أحده عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لأن شرط البيع في الدراهم التماس على ما روينا فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهم اجنسان ولا يعتبر التساوي فيهما (ولو تباعفاضة بفضة أو ذهباً ذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وإن لم تبلغ فمع الكراهية وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقيق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتفاضل العشرة بالعشرة فهو جائز)

المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حقنة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ) مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا ولاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بالاخلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه

لانه لم يبدل الا عن الدينار عليه ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يستلزم قبض احد العوضين احتراز عن الكالي بالكالي ويستلزم قبض الآخر احتراز عن الربا وذلك لان قبض أحد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التأدي فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبذله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين أحد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بأن أطلق العقد ولم يصف الى العشرة التي عليه ودفع الدينار فاما أن يتقاضا أو لا فان كان الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقاضا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدل بمبدل الصرف وهو لا يجوز كالأخذ بمبدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام يبدأ بدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بذل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكم ما اذا أقدمنا على المقاصة بتراضيهما لا بدعته من تصحيح ولا صحة لهامع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدال الابدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لانهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تباعا بألف ثم بألف وخمسمائة وفيه بحث من أوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا ضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لانه يقتضى (٣٨٠) قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض

الدينار على البائع بحكم الاقالة لان الاقالة تصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما أشار اليه المصنف رحمه الله بقوله (وفي الاضافة الى الدين) يعني المعهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه) وعن الثاني بأن المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لانهما لم يطلعا عقد الصرف صار كأنهما عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بأن الاقالة ضمنية تثبت في

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا تقاضا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدال الابدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تباعا بألف ثم بألف وخمسمائة وزفر بخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء

اتفقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان تعيين أحد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يصف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المدينون بالعشرة دينار بعشرة وهي مسئلة

ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له الكتاب وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني أكرى ابلا بالمبيع الى مكة بالدرهم فأخدمكاه ذانبر أو قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس بذلك اذا افرقما وليس بينكما عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انها كانتا بضيقتان العقد الى الدين الاول أو الى مطلقة فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفر

(قوله ويستلزم قبض الآخر احتراز عن الربا وذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بأن أطلق العقد الخ) أقول فانه اذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينار في ذمة المشتري مقارنا للعقد فان الفرض انه لم يتقبل تقاضا (قوله ما لم يتقاضا) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام يبدأ بدين) أقول الاولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام هاموه فان لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين في المجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا الآن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول فيه بحث أذهب ليس بتغيير وصف قال المصنف (وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة) أقول فان احتج في الثالث في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الاضافة الى الدين لا يتعين الدين ولهذا اذا تصادقا أن الدين لا يبطل العقد كما يجبي في كتاب الوكالة فكان الاطلاق والتقيد سواء لمينأمل قال المصنف (على ما بينه) أقول قال الاتفاني اشارة الى قوله فكفي ذلك الجواز انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وترك التفصيل في موضع يحتاج اليه يكنى لعمدة الاستدلال

وان كان لاحقا بان اشترى دينار بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان اشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم اراد ان يتقاصا فبفسه روايتان في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها غير الاسلام وقال المصنف في أصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية أبي حفص واختارها شمس الأئمة وقاضيان لاتقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جواز المقاصة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانقاسخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحوّل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو المأخوذ من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع (٣٨١) كما ترى الا اذا أضيف أن القياس يقتضى أن لاتقع المقاصة

بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لاتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا أضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد نسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلاف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونها موجبة عقد واحد فاذا أضيف الى الدين السابق تجانسا واذا أضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلّة الخ) الغلّة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طوبج أو جبة فدها بيت المال لا يافتها بل لا يكون اقطعا ولا يأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهم غلّة بدرهمين

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انقاسخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحوّل العقد فكيف ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلّة بدرهمين صحيحين ودرهم غلّة) والغلّة ما يرد بيت المال ويأخذ التجار ووجهه تحقيق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجوده قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيه ما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا يبيع بعضها ببعض المتساوي في الوزن وكذلك يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لاتنطبع الامع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه الكتاب ثم تقاصلا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعنية ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض والاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا ولا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد انعقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيد في العقد بل هو الاصل فيكون قضاؤها أصلا لا لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشا وتقر به أنهم لما سألوا عن وجوب العقد فقد قضاه الى عقد آخر اقتضاء ولم يبق زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في أعتق عبدك عني بألف أنه يقع عن الامرا اذا أعتقه المالك لم يفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فان كان لاحقا) قبل الانقراض والمثلة بحالها بان عقدا على الدينار بعشرة ثم باع مشتري الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بفن الدينار عنهما في رواية لا يصح والاصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانقاسخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقه صدق قضاها ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلّة بدرهم غلّة ودرهم صحيح والغلّة ما يرد بيت المال) لان زيادة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وغن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا العالي وانما جازل للمساواة في الوزن والجوده فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجوده في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ) الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لانهم اعلى ما قبل فلما تنطبع الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه)

صحيحين ودرهم غلّة جائز لوجود المقضى وانتفاء المانع أما الاول فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلا ن المانع ان تصوره في الجوده وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ) الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقية أو عادة فالاول كما في الردي هو الثاني ما يخلط للانطباع فانما بدونه تنفذ فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لأثر المغلوب في مقابلة الغالب كالمثل فان كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد لا يجوز بيع الخالص بها ولا يبيع بعضها ببعض الا الاستقراض بها المتساوي في الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أي وجهه الاصح

(وان كان الغالب عليهم الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدري فالباع فاسد وان كانت أكثر صرح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف (وان بيعت بجنسهما متفاضلا جاز صرهما للجنس (٣٨٣) الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر) (قوله ولكنه صر) جواب عما يقال

اذا صر في الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صر فافلا يبقى التقاض شرطاً ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى بقى العقد فيما وراء ذلك صر فافلا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بصغر قال رضي الله عنه ومشايجنا رجم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع التفاضل فيه ينفق باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بها فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج أثمانا لا تتعين بالتعيين الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرأفة مهذرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب الخافله بها واذا كانا كالتالسين فلا يجوز بيعهما بالتالسين من الذهب والفضة المتساويين في الوزن وكذا يبيع بعضهما ببعض وكذا لا يجوز استقراض الذهب والفضة الخالصين (وان كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) الخالصة (اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضا اذا كان لا تخصص الفضة الا بصغر وان كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمنزلة ما من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسهما متفاضلا صرهما للجنس الى خلاف الجنس) أي بصرف كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى (لانها في حكم شيئين فضة و) غش (صفر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) قبل الافتراق ويجوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بصغر) ولا يخفى أن هذا لا ينأى في كل دراهم غالبية الغش بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تنحصر من النحاس اذا أريد ذلك فأما اذا كانت بحيث لا تنحصر لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان في أوائل قرن سبعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا (مشايجنا) يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند (لم يفتوا بجواز ذلك) أي بيعها بجنسهما متفاضلا (في العدالي والغطارفة) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع التفاضل فيها ينفق باب الربا) الصريح فان الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الاموال النفيسة في تدرجون الى ذلك في التقود الخالصة فنفع ذلك حسب المادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة الى غطر يف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التي غلب غشها (تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت تروج بالعد فالبيع بها والاستقراض بالعد) ليس غير (وان كانت تروج بها فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص) على ما عرف في الربا (ومادامت تروج فهي أثمان لا تتعين بالتعيين) ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد

اذا صر في الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صر فافلا يبقى التقاض شرطاً ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى بقى العقد فيما وراء ذلك صر فافلا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بصغر قال رضي الله عنه ومشايجنا رجم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع التفاضل فيه ينفق باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بها فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج أثمانا لا تتعين بالتعيين الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرأفة مهذرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب الخافله بها واذا كانا كالتالسين فلا يجوز بيعهما بالتالسين من الذهب والفضة المتساويين في الوزن وكذا يبيع بعضهما ببعض وكذا لا يجوز استقراض الذهب والفضة الخالصين (وان كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) الخالصة (اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضا اذا كان لا تخصص الفضة الا بصغر وان كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمنزلة ما من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسهما متفاضلا صرهما للجنس الى خلاف الجنس) أي بصرف كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى (لانها في حكم شيئين فضة و) غش (صفر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) قبل الافتراق ويجوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بصغر) ولا يخفى أن هذا لا ينأى في كل دراهم غالبية الغش بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تنحصر من النحاس اذا أريد ذلك فأما اذا كانت بحيث لا تنحصر لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان في أوائل قرن سبعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا (مشايجنا) يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند (لم يفتوا بجواز ذلك) أي بيعها بجنسهما متفاضلا (في العدالي والغطارفة) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع التفاضل فيها ينفق باب الربا) الصريح فان الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الاموال النفيسة في تدرجون الى ذلك في التقود الخالصة فنفع ذلك حسب المادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة الى غطر يف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التي غلب غشها (تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت تروج بالعد فالبيع بها والاستقراض بالعد) ليس غير (وان كانت تروج بها فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص) على ما عرف في الربا (ومادامت تروج فهي أثمان لا تتعين بالتعيين) ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد

فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فهم ما فيها بالعد وان كانت تروج بها فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ثم هي مادامت تروج أثمانا لا تتعين بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله

(قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز) أقول تحقيقه في النهاية ثم أقول وجه الاشارة لا يجوز عن خلفه ثم قوله الى ان الاستهلاك أي استهلاك المغلوب من الفضة والصفر

(وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين) كل رصاص واستوفة وبطل العقد بلا كها قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وإن لم يعلم أو لم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الراجعة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار إليه (وإن كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زئوفاً علم البائع خاصة لأنه رضى بجنس الزئوف وإن لم يعلم لم يتعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزئوف وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة (٣٨٣) به بطل العقد عند أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمته لكن عند أبي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعاضل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة به ولم يذكر أنه في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج انما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لأنه حينئذ يصيرها كالبيع ويبقى البيع بلائن وأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخياران شاء قال أعط مثله النقد الذي وقع عليه البيع وإن شاء أخذ قيمته ذلك دنائير قالوا وماذا كره في العيون يستقيم على قول محمد وأما على قوله ما فلا يستقيم وينبغي أن يكتب في الكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين

وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زئوفاً إن كان البائع يعلم بحالها التحق الرضا منه وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه (وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف رجحهما الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رجح الله قيمتها آخر ما تعاضل الناس بها) إلهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أو أنه وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رجح الله وقت البيع لأنه مضمون به وعند محمد رجح الله يوم الانقطاع لأنه أو أن الانتقال إلى القيمة ولا يوجب حنيفة رجح الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالأصطلاح وما بقي

(وإن كانت غير راجحة فهي سلعة تتعين بالتعيين) وبطل العقد بلا كها قبل التسليم وهذا إذا كان يعلم بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الراجعة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج وإن كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزئوف والنهر جرة فية لم يبيع بجنسها لا بعينها كما هو في الراجحة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضى بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلونه به وإن كان البائع لا يعلم يتعلق العقد على الأروج فإن استوفت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعيين المصنف الجياد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها أنه (لو اشترى سلعة بها فكسدت) أي قبل قبضها (بطل البيع عند أبي حنيفة) فإن كان المبيع قائماً مقبوضاً رده وإن كان متهلكاً أو هالكاً رجعت البائع عليه بقيمته إن كان قيمته مثله إن كان مثلياً وإن لم يكن مقبوضاً فلا حكم له هذا البيع أصلاً وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع) قال في الذخيرة وعليه الفتوى (لأنه مضمون به) أي بالبيع وهو نظير قوله في المغصوب إذا هلك أن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب (وقال محمد عليه آخر ما تعاضل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لأنه أو أن الانتقال إلى القيمة) وفي المحيط والتمه والخفاثي به يفتى رفقاً بالناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الأنه تعذر التسليم) أي تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشار (وأنه) أي الكساد (لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب) شيئاً (فانقطع) في (أو أنه) بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل اتفاقاً ويجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هنا (ولا يوجب حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد) لأن مالسة الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا يابطلقة (وما بقي) الاصطلاح بل انتفى فانتهت الثمنية

عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح ببعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي (الأنه تعذر التسليم بالكساد) وذلك لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع وإذا بقي العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لأنه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع أي الكساد لأنه انتقل الحق منه إلى القيمة في ذلك اليوم ولا يوجب حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لأن الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمناً بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل وإذا بطل الثمنية

(قوله يستقيم على قول محمد) أقول محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فلستأمل

بقى بيعا بلائغ (وهو باطل) لا يقال العقد تناول عنها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة التمنية لانها مادامت رائجة فهي تثبت ديننا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة التمنية وصفة التمنية في الفلوس والدرهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بملاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصور ففسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب أن الرطب مر جو الحصول (٣٨٤) في العام الثاني غالباً لم يكن هالكاً من كل وجه فلم يبطل لكنه يتغير بين الفسخ والصبر الى أن يحصل أما

فبقي بيعا بلائغ فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائماً وقيمته ان كان هالكاً كما في البيع الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جازا للبيع بها وان لم تتعين لانها ائتمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجوز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها

(فبقي بيعا بلائغ) بخلاف النقدين فان ماليتهم ما بالخالقة لا بالاصطلاح كالمال العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لا يقال فلتصير مبيعة اذا انتفت غنيتها لانا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز لافي السلم واعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء غنيتها واجب أنه يصير بيع مع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين إلا أن الجيب نظر الى أن صورة المسئلة انه باع بدرهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يجب أنه يصير بيع مع مقايضة اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة أحضر الدرهم وأشار اليه بعينها بل باعها على غط ما يباع بالائتمان وهذا لان الفرض أن البيع وقع حال رواجها ائتمانا وانما كسدت بعده قبل القبض فلم ينبت هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعاً بلائغ ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد ولو كسد في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أي حذيفة لانهم لم يبيعوا بالكساد بل بئغ ولكن تعينت فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمته دنائره قالوا وماذا كرفي العيون على قول محمد وأما على قوله ما فلا وينبغي أن يفتق البيع بالكساد في تلك البداة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعذر محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس نافقة اذا كسدت كذلك اذا كسدت أو انقطعت فلزم كسده ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطلب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مر جو الوصول في العام الثاني غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن خاص يرجح فيم ابل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبية الغش الكساد وعدم التمنية والشئ اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلالة باع متاع الغير بغير اذنه بدرهم معلومة واستوفاهها فكسدت قبل أن يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس) لانها نوع من أنواع المال (فان كانت نافقة جازا للبيع وان لم تتعين) بل لو عينت لاتعين والعاقبة أن يدفع غير ما عين (لانها) حينئذ (ائتمان) كالدرهم حتى لو هلك قبل القبض لا ينسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلان فلان يجوز على ما سلف في باب الربا ولو باع فلان بغير عينه بغير عينه لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعها بالاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها لم تتعين

والصبر الى أن يحصل أما الكساد في الدرهم المغشوشة التي غلب عليها غشها فلهذا التمنية على وجه لا يرجي الوصول الى غنيتها في ثاني الحال لان الكساد أدى الى الشئ اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضاً لا حكم لهذا البيع أصلاً وان كان مقبوضاً فان كان قائماً وجب رده بعينه وان كان هالكاً أو مستهلكاً فان كان مثلياً وجب رد مثله وان كان قيمياً وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك واليه أشار المصنف وجه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد وأما اذا غلبت بازدياد القيمة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطلب به بالدرهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال (ويجوز البيع بالفلوس الخ) البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم أي معلوم قدره

ووصفه وانما قال كذلك إشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة اليه ثم انما أن تكون نافقة أو كاسدة (واذا حالة العقد فان كان الاول جازا للبيع وان لم تتعين لانها ائتمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع

(قوله لانا نقول الى قوله فكذا هذا) أقول ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العصور وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الاول دون الثاني مع ان كليهما مر جو الوصول الى العام الثاني

واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبي حنيفة بطل البيع خلافاً لما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف بخلاف ما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة وذكرنا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف إلا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه (٣٨٥) اذا اشترى شيئاً بفلوس في الذمة فكسدت

قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد

الا المجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالمجز عن تسليم البديل كما لو أبقى العبد وكالوا سلم في الرطب فانقطع أوانه وهذا بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر رحمه الله ينعه لان دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسداً ههنا يفضي الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم أظفر بذلك قال رحمه الله (ولو استقرض فلوساً فكسدت) اذا استقرض فلوساً فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله (لانه) أي استقرض المثل (اعارة) كما ان اعارة قرض (وموجب استقرض المثل)

قال المصنف (لانه اعارة) أقول الظاهر أن يقال لانه استعارة (قوله لانه أي استقرض المثل) أقول والاولى عندى ارجاع

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجبه

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبي حنيفة خلافاً لما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (أي في الدراهم الغالبة الغش بطل البيع عنده لا عندهم) ثم يجب قيمتها يوم البيع عند أبي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشتري به وابق العبد المبيع قبل التسليم وتخمين العصور المشتري قبل التسليم لا يبطل العقد فيه وأوجب بما تقدم في الرطب وأما العبد فغايته لم تبطل بالابق بل هو مال باق حيث هو وانما عرض المجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل مجز عن تسليمه شرعاً بخلاف الكساد ههنا لا الثمن به الا أن الذي يقتضيه النظر قبوت الخلاف كما ذكر القدوري اذا لفرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما ماسلعة بحسب الاصل عن الاصطلاح فان غالبية الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلاً فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به وفي شرح الطحاوي لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لانهم ما افترقا عن عين دين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه يتظر ان كان الفلوس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاً كها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض بطل البيع استمعنا لان كساد الفلوس كهلاً كها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخاً لان كسادها كعيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشتري فيه الخيار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع وعليه أن يرد المبيع ان كان قائماً والقيمة أو مثله وهذا معلوم مما ذكرنا الا أن أبا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهي ما اذا باع الفلوس بدرهم لان ههنا لو أوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعاً اذا لم تكسدا الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذي عينه منها (قوله ولو استقرض فلوساً فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله رد مثلها) عدداً اتفقت الروايات عنه بذلك وأما اذا استقرض دراهم غالبية الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن لرواية في الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها وجه قوله (انه) أي القرض (اعارة وموجبه) أي موجب

(٤٩ - فتح القدير خامس) الضمير الى الاستقرض مطلقاً فانه اعارة على ما سبق في باب الربا أو الى استقرض الفلوس (قوله اعارة كما ان اعارة قرض) أقول قوله اعارة يعني ابتداء كما سيحى تفصيل هذا البحث في العارية (قوله وموجب استقرض المثل الخ) أقول وعندى ان ما ذكره المصنف قياس من الشكل الاول تقريره لان الاستقرض اعارة لا يمكن الانتفاع به الا باهلاكه عنه وكل اعارة كذلك موجبها رد العين معنى فهذا كذا الا أنه لم يصرح به في القيد في الصغيرى اعتماداً على فهم الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط

(رد عينه معنى) وبالنظر الى كونه عارياً يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضاً والانتفاع به انما يكون بالتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل معنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بخنسه نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل على معنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان معنى العين أن لو رد مثله حال كونه ناقصاً أجاب المصنف رحمه الله (بأن الثمنية فضل فيه) أى فى القرض اذا القرض لا يختص به أى بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست عن القرض وهو ظاهر ولا لازماً من لوازمه بخلاف أن ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض عن حيث كونه من ذوات الامثال ألا ترى أن الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون أو عددى متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها فى العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقة ان المثل المجرى عن الثمنية أقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكنة (وعندهما يجب قيمتهما لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردّها (٣٨٦) كقبض) وليس المثل المجرى عنها فى معناها (فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثلياً

رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتهما لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردّها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين وقول أبي يوسف أيسر قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بداني فلوس أو بغيرا ط فلوس جاز

فانقطع لكن عند أبي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف (يعنى بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله) فيمن غصب مثلياً فانقطع فعند أبي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجب (وقول محمد رحمه الله أنظر) للقرض والمستقرض لان على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو — وضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) لان قيمته يوم القبض معلومة للقرض

عقد الاعارة (رد العين) ادلو كان استبداد الحقيقة موجباً رد المثل استلزم الرب بالنسيئة فكان موجباً رد العين الآن ما تضمنه هذا العقد لما كان تملك المنفعة بالاستهلاك لأمع بقاء العين لزم تضمينه لتلك العين في الضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا يجبر المصوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب في غصب المثلي بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد (والثمنية فضل في القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقرضها بعد الكساد وكذا يجوز استقرض كل مثلي وعددى متقارب ولا ثمنية (ولهما انهما لما بطل وصف الثمنية تعذر ردّها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضى سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضاً وصوفاً به لان الاوصاف معتبرة في الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها بوصفها الغولان تعرف بذواتها وتاخير دليها ما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) في وقت الضمان اختلافهما (فيمن غصب مثلياً فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء) وقولهما انظر للقرض من قول أبي حنيفة لان رد المثل اضرار به ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضاً من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للاستقرض من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أيسر) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر في ذلك (قوله ومن اشترى شيئاً بنصف درهم) فأكهة أو غيرها بأن قال مثلاً ما يباع سلعة اشترى بتمام بنصف درهم فلوس فقال بعثك (انعمد موجباً الدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بداني من الفلوس) وهو

والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشترى هذا بنصف درهم فلوس يعنى ان ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نفرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بداني فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بغيرا ط فلوس

قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال السكا في بعض النسخ أنظر للجانبين اه والظاهر أن كونه أنظر للجانب المقرض بالنسبة الى قول أبي يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعنى وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شئ ويحوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته مثل قيمته يوم القبض ثم قوله وهو ضرر رأى وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بدل (قوله أو بغيرا ط فلوس) أقول وهو نصف السدس

وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وفيراط منه موزونة وذكرا لا يغني عن بيان العدد فبقى الثمن مجهول وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد رحمه الله بين مادون الدرهم وما فوقه فجوز في مادون الدرهم خاصة لان في العادة المبايع بالفلوس في مادون الدرهم فكان (٣٨٧) معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم

قالوا والصحيح قول أبي يوسف لاسميا في دينارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولا اشتراك العرف قال رحمه الله (ومن أعطى صير في درهم الخ) هذه ثلاث مسائل * الاولى أن يعطى درهما كبيرا ويقول أعطني بنصفه فلوسا ونصفه فلوسا ونصفه نصفاً أي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الأجرة جازا البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الأجرة وهو بافلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لا اتحاد الصفة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه في شيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهم ما صفة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص عن أبي حنيفة رحمه الله * والثانية ان تكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كالأ

وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز بالدرهم ويجوز في مادون الدرهم لان في العادة المبايع بالفلوس في مادون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصبح لاسميا في دينارنا قال (ومن أعطى صير في درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصفاً لاجبة جازا البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الأجرة بافلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لان الصفة متحدة والفساد قوي في شيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء

سدس درهم (أو بقيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايقاعه من الفلوس وهو صفة في صفة فان المعنى انه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العقد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفة في صفة لان الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز لان في مادون الدرهم لان المبايع في العادة في الفلوس في مادون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصبح لاسميا في دينارنا) أي المئذ أنى وراء انهم فأنهم يشترون الفلوس بالدرهم ولان المذاير هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه فصح العلم بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين مادون الدرهم والدرهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في الميسر خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سمي بافلا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتاج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قوله ومن أعطى صير في درهم ما فقال أعطني بنصفه) أو ربعه أو قيراط منه (فلوسا ونصفه نصفاً لاجبة) وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم لاجبة وقس الباقي (جازا البيع في الفلوس وبطل فيما بقي) من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وباقي الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف) درهم (الاجبة ر بافلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لان الصفة متحدة والفساد قوي) مقارنة للعقد (في شيع وقد مر نظيره) يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن بشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعند شيع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بأن قال

قال يعني بنصف هذه الفلوس عبد أو بنصفها دانق من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لفرقة الصفة وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن البيان والشيخ الامام شيخ الاسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضا وان كرر لفظ الاعطاء (قوله واذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر ان يقال على مادون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه (قوله كما لو قال يعني بنصف هذه الفلوس عبد أو بنصفها دانق من الخمر) أقول الظاهر أن يقال يعني بنصف هذه الفلوس عبد أو يعني بنصفها دانق من الخمر تكرر لفظ يعني

لاتحاد الصفقة فان قوله
أعطني مساومة وبشكرارها
لا يشكر البائع وهذا لان
بذكر المساومة لا ينعقد
البائع فان من قال بعني
فقال بعتك لا ينعقد البائع
مالم يقل الا خراش تريت
واذا كان لا ينعقد بذكر
المساومة فكيف يشكر
بشكرارها قيل والاول هو
الصحيح وهو اختيار المصنف
رحمه الله والثالثة ان يقول
أعطني نصف درهم فلوس
وفي بعض النسخ فلوسا ولا
عن نصف ونصف الا حجة
جازا والفرق بينها وبين
الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه
بل قابل الدرهم بما يباع من
الفلوس بنصف درهم
وبنصف درهم الاحبة
فيكون نصف درهم الاحبة
بمثله والباقي بازاء الفلوس
قال المصنف رحمه الله
(وفي أكثر نسخ المختصر ذكر
المسئلة الثانية) أراد قوله
أعطني نصف درهم فلوس
ونصفها الاحبة وهي
الثالثة فيما ذكرنا من ذلك
ان المسئلة الاولى ابيحت
بذكرة في أكثر نسخ
المختصر قال أبو نصر الاقطع
في شرحه للمختصر وهو
غلط من الناس والله سبحانه
وتعالى أعلم

قال المصنف (ولو قال أعطني
نصف درهم فلوس) أقول
قال ابن الهمام يجوز في

كان جوابه بجوابه ما هو الصحيح لانهم ما يبعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفها الاحبة جاز) لانه
قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة
بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضى الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى
أعلم بالصواب

أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفها الاحبة (كان جوابه بجوابه ما) في أن الفاسد يخص النصف
الآخر (لانهم ما يبعان) اتعد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكى عن الشيخ أبي جعفر وشيخ
الاسلام والمظهر أنه لا يجوز ان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفقة عنده بتعدد البائع وهو الايجاب
واقطع أعطني مساومة واذا كان قوله بعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعث لا ينعقد مالم يقل الاول قبلت
فأعطني وليس من ماذة البائع أولى وحديثه لم ينعقد البائع في بيع الفاسد على قوله كالصورة الاولى
وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح أيضا لانهم لم يذكروه
أو ان الكلام فيما اذا دفع اليه الخاطب قبل الاتفاق فانه يجعل يباع في النصفين بالمعاطة فيهما والله أعلم
(ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوس ونصفها الاحبة جاز) فيهما (لانه قابل
الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة) يتحرى للجواز بأن (يكون نصف
درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس) نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من
الفلوس به كان الحاصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة
وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطني بنصفه نصف
درهم فلوس وبنصفه نصف درهم الاحبة وجوابه أن موجب التحري للتحصيل أن المعنى على ذلك التقدير
أعطني بهذا الدرهم نصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه انما اشترى ما يباع
من الفلوس بنصف درهم وجبة وما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة بمثله قال المصنف رحمه الله
(وفي أكثر نسخ المختصر) يعنى القدرى (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وهو
غلط من الناس ويجوز في فلوس الجرصة لدرهم والنصب صفة للنصف (فروع) تقدم بعضها في
ضمن التعديل فربما يغفل عنها تصارفا جنسا يجنس منساويا فزاد أحدهما أو حط شيئا وقبل الآخر
التحق بأصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلحق فيه ما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الحط فقط
ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب
قبضها في مجلس الزيادة لانه من الصرف وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي وأحمد رحمه الله
لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افرقا لا عن قبضها بطل حصتها من البذل الآخر كأنه باع الكل ثم
فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده ويراد الذي حط ما حط وان كان الحط
قراط ذهب فهو شرى بك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضرر او كل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا
مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب
بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له أن يرد به بالعيب فان رده بقضاه لا بأس به وان لم يقبض الثمن من
البائع في مجلس الرد لانه فسوخ وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد ولا يبطل
وعاد البائع الاول لانه يبيع في حق الشرع فان تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر رجع بأرش
العيب ان كان الثمن ذعبا لتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع
بعينه له ذلك والخيار للمشتري بعد ولو اشترى دينار بدرهم ولا دينار له ولا درهم لا آخر ثم اقترضا
وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكمل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدرهم ولا فلوس
ولا درهم له ما ثم نقدا أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه في تقسيم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالباً ولا نه اذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتماء فناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة (والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى (٣٨٩) وكفلها زكريا) أي ضمها الى نفسه وقرئ

بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلاً لها وضامناً لها حلها (وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولادين غة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمنة لنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة

الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولولم يصرف الدين عليه لما ملك كما قيل الكفالة لان غلبتك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحج التصرف وجعلناه في حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجزى في حكم دينين

﴿ كتاب الكفالة ﴾

قال الامام السرخسي في مبسوطه في باب كتاب القاضى في الكفالة من كتاب الكفالة لو كتب القاضى الى القاضى بكتاب في كفالة بنفس رجل ولم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح

الطحاوى اشترى سبعا حلیمته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حلیمته مائتا درهم فقبل التفريق فان شاء زاد في الثمن مائة أخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئا ليعتمده المائتان للعالية ولو علم بعد التفويض والتفرق بطل العقد في الكل ولو كان ذلك في ابريق فضة يبطل العقد في نصف الابريق والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الكفالة ﴾ (بسم الله الرحمن الرحيم)

أورد الكفالة عقب البيوع لانها غالباً تكون متحققة في الوجود عقب البيوع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالنظر أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان متحققة في الوجود غالباً بعد ما أوردناها في التعليم بعد ما أولها مناسبة خاصة بالصرف وهي انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الائتمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزم الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيها مؤنة ما أهمه ما وقتراحه ما وذلك نعمة كبيرة عليهم ما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان اناح لها ذلك وسمى نبيها بذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء للملك اذ اراقت لهم وسبب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصده الخارج رفعه عنه اما تقربا الى الله تعالى أو ازالة للآذى عن نفسه اذا كان المطلوب عن يمينه ما أهمه وسبب شرعية تدفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفاً ودليل وقوع شرعية قوله تعالى وان جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الامن الثلث وفي الدين أن يكون صحيحاً فلا كفالة في بدل الكتابة لانه ليس ديناً صحيحاً اذ لا يلزم دين للولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم وأما مقهوره الغنة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عيناً أو معنى قال في المغرب تركيبه ذال على الضم والنضمين ومنه كفل البعير كساعداً حول سنامه كطوبه يركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما في الشرع فما أشار اليه من قوله (ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين قال والاول أصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجع في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخالف من لزوم صيرورة الاف الدين الواحد دأفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل

يبين في كتابه انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ به ذلك عزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بما لا يغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزم باختاره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى

فلاستيفاء لا يكون الا من أحدهما كالتعاضد مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق
 المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفى الا من أحدهما واختياره تضمن أحدهما بوجوب براءة الآخر
 فكذلك انما يرد باختياره التضمن القبض منه لا بمجرد حقيقة اختياره لانه لا يحقق عرافة أحدهما بمجرد
 ذلك لا يبرأ الآخر ويميل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل لانه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع
 الكفيل به على الاصيل مع أنه هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين
 شيئا يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من
 الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الذي الرأفة في ذمة من انما يتبع في عين ثبت في وزن واحد في
 طرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان أمكن
 شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل يمكن الا بوجوب ولا موجب لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم
 ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بان شراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب
 عن تسليم الهبة والدين فانما جعلناه في حكم الدينين تصحيصا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه
 بالذم وقوله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة ان الدين فعل يقتضي
 أن الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق
 المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالدين تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو
 ما يجب تسليمه بعينه فان ذلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع
 بيعا فاسد او المقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذ اهلكت يجب تسليم قيمتها
 اذا ثبت بالبينة أو بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها
 لا يجب تسليم مثلهما ولا قيمتهما وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكلاهما يضمن بالدين ولو هلك
 لا يجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر
 تصح الكفالة بهم اومتى هلك لا تجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة
 ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلا وأما ركنها فلا يجب والقبول بالانفاذ الآتية ولم
 يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركننا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس
 وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد
 وحده موقوفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا ولطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات
 المكفول له قبل القبول من بقول بالتوقف بقول لا يؤخذ به الكفيل وأما حكمها فثبتت حق المطالبة
 لا كفيل متى شاء سواء تذر عليه مطالبة الاصيل أو لا وفي رواية عن مالك لا يطالبه الا اذا تعذر ذلك وقال
 ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا علق بمطالبة الاصيل أصلا كما في
 الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه احتجوا بما روى
 أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين
 فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال صلى الله عليه وسلم أنا لها ضامن فقال صلى الله عليه وسلم
 وصلى عليه ثم أقبل على علي رضي الله عنه فقال جزاء الله خير او فلك رهانك كما فسكت رهان أخيك
 فقيل يا رسول الله أله خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه برئ من الضمان
 وللعامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الا أن
 بردت جلدته وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صر وفاء وانما تمتنع عن الصلاة
 على مدينون لم يخلف وفاء وقوله فلك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلى عليه فلما ضمن عنه فكف عن ذلك
 ولا يخفى أنه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان على اذ يدل على أن الضمان تم بذلك

قال (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان كةالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا يتقاده ليس له ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بأمره فلا نأمره بالكفالة لا يثبت له (٣٩١) عليه ولاية في نفسه ليس له كما أن أمره

بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) أي التكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقة يفيد مشروعية الكفالة بنوعها لا يقال هو مشترط الا لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على التكفيل والتكفيل بالنفس لا يغرم شيأ لان الغرم ينبت عن لزوم ما بضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم التكفيل بالاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لان سلم أنه لا يقدر على تسليمه (قوله اذا قدرته على نفس المكفول به) ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويحمله بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذا لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيحمله بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه

(قوله قال) أي القدوري (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الاظهر عندهم وهوانها جائزة كقولنا واستدل لقوله المضعف (بأنه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذا لا قدرة له على نفس المكفول به) فكان كبير الطير في الهواء وهذا لانه حر لا يتقاده ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفاله لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بيد الشاهدين (و) استدلل للذهب بما أخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) باعتبار عموم قوله (بنوعيه) أي نوعي عقد الكفالة واعتراض بأنه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والتكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما بضره والغرام الا لزم ذكره في الجملة والتكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبتت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الحاجة بجماع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه يتقاده اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقيل تأمل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمه وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلات أم كانوا بنفس علي رضي الله عنه واعترض بالنساقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كسليمها للجواب والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الأصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه أنهم من حقوق العباد من وجهه في بعضها ومن كل وجهه في بعضها وأما حد الزنا والشرب فعند عدم صحة الكفالة للزوم التنافي فان الحد يمتثل في درته وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتياط لاستيفائه فقام المانع فيهما وأما الجبر على اعطاء التكفيل فيها ففي الحدود لا يجبر بالايجاب وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلا ن الكفالة لا تنفذ لان الشاهد عند مطالبة الطالب بالاداء ما أن يجيب ويحضر أولا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه

مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهار بعدم منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز لا تعنتا وعندنا

(قوله مبنى على عدم جواز الكفالة) أقول فمه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالامر كما أمر أنفا

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه وقسم يعبر عنه عرفاً كقوله تكفلت بوجهه ورأسه وبرقبته فان كلامها مخصوص (٣٩٢) بعضوخاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة أو عرفاً على ما عرف في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذا كر كلها كما مر في ما اذا قال تكفلت بـ فلان أو برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما فيما تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لانه صيغة الالتزام (أو قال في) لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك ما لا فلورثته ومن ترك كلاً أو عيالا فإلى (وكذا اذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقد روي بنافيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (قوله وتنعقد اذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكنية فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحمل وعلى والى ولك عندي هذا الرجل وعلى أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو دعه الى قبيل بالخاء المهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروي في القاموس الحامل ضامن وأما القبيل فهو أيضاً بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا حمل أو زعيم بنفسه أو برقبته أو بروحه أو جسده أو رأسه أو ببدنه أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفاً ولغة مجازاً كهو رأس وتحرر برقبته وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البخاري رحمه الله لا يصح كافي الطلاق إلا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذا عين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو برجله ويتأتى في دمه ما تقدم في الطلاق (وكذا) اذا أضاف الى جزء شائع منه ككفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فذكر بعضها شائعاً كذا كر كلها) ووجه ضمننت (بأنه تصريح بموجبه) لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور (وعلى صيغة التزام والى في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلاً أي يتيماً (فإلى) لان العطف يقتضي المغايرة وقوله (وقد روي بنافيه) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم في الصحابين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك ما لا فلورثته ومن ترك كلاً فإلينا وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدم بن معديكرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلاً فإلى ومن ترك ما لا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ورواه ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لابي داود وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً أو ضيعة قالى (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته) لا تثبت به الكفالة (لانه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا ما عرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزمه لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه

عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذا كر كلها كما مر في الطلاق من جهة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بـ فلان أو برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال على لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الى لانه في معنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك ما لا فلورثته ومن ترك كلاً أو عيالا فإلى والكل اليتيم والعيال من يعول أي ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف نفس فيكون المراد بهم العيال وكذا اذا قال أنا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد روي بنافيه أو قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لانه التزم المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان

لا يقتضى

فهو كفالة على قول أبي يوسف وعلى هذا معاملة الناس

(قوله وكذا اذا عر الخ) أقول في صحة عطفه تأمل قال المصنف (لانه لا يعبر بها عن البدن) أقول لاحقيقة ولا عطف النقص بعمل قوله تعالى تثبت يد أبي لهب

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستجمل في حبه لعله مادري لما يدعي) فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز أو مع قدرة فان كان الثاني حبه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه أولا فان كان الاول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه (٣٩٣) فان مضت المدة ولم يحضره حبه لتحقيق

امتناعه عن ابقاء الحق وان كان الثاني فالتالي فالتالي اما ان يوافق على ذلك أولا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للعالم حتى يعرف مكانه لتصادقه ما على العجز عن التسليم للعالم وان كان الثاني فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج معها الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب وبؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبه الحاكم الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان أقام الطالب بينة انه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتباراً للشأن بالبينّة الثابتة معانيه قال (واذا احضره وسلمه في مكان الخ) اذا احضر الكفيل

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت) وفاء بما التزمه فان احضره والا حبه الحاكم لا امتناعه عن ابقاء الحق ولكن لا يحبه أول مرة لعله مادري لما يدعي ولولا ان المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبه لتحقيق امتناعه عن ابقاء الحق قال (وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينتظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك يرى لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كافي الدين المؤجل قال (واذا احضره وسلمه في مكان بقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر

لا يفتى في الامعرفة الكفيل للطالب وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لا خرافة فلان قال أبو سليمان أما في قول أبي حنيفة وأبي لا يلزمه شيء وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد وفي خزانة الوقعات وبه بقي أي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فبين قال أنا ضامن لك بعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى التتبي لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه اليك أو أسلمه اليك أو أقضيه لا يكون كذالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات خاله فيسده بما اذا قاله منجز فلو معلقا يكون كفالة فحو أن يقول ان لم يؤد فانا أؤدى نظيره في النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شيء ولو قال ان دخلت الدار فانا أحج يلزمه الحج (قوله فان شرط في الكفالة) أي بالنفس (تسليم المكفول به في وقت بعينه) أو يوم (لزمه احضاره فيه والا حبه الحاكم لا امتناعه عن ابقاء الحق مستحق عليه) وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فيه فان ظهر لا يحبه اذا فائدة في حبه كما اذا مات المكفول به فان الكذالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للعالم ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى أن يظهر للقاضي تعذرا للاحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالاعذار بالدين واذا أخرج لا يجوز بينه وبين المكفول له فيلزمه ولا يمنعه من أشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب وبؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في دعوى ما بسقطها فان أقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله (وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب) يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بيننا وبينهم موادعة فان لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه والحق وان كان موثاقه وحكمي في ماله ليعطى الاقرب اليه أما حقوق العباد ثابتة على حالها ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة للشافة فاما اذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيمادونها والثاني يسقط الحاقاً بالغبية المنقطعة (قوله واذا احضره وسلمه اليه في مكان بقدر المكفول له) على (أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر) من الامصار

(٥٥ - فتح القدير خامس)

قال المصنف (فان شرط في الكفالة الى قوله في ذلك الوقت) أقول لا قبله كافي الدين المؤجل فقوله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع (قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل) أقول وعمل القضاة اليوم على هذا

برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو انما كفة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الامر واحد وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الأئمة السر خشي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم (٣٩٤) في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع اغلبة أهل الفسق والفساد لا على

برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لان ما التزم التسليم الامر واحد (واذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيداً (وان سلمه في برية لم يبرأ) لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه (برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أو لا كالمدين اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الامر) وقد حصلت ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الاخيرة من مسائل التسليم ووضعها هنا أنسب وجه قوله أنه ثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهر الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الامصار ولا يفيد التكفيل فائدة المقصودة به وقوله ما أوجه وفي الفتاوى القاضي اذا أخذ كفيل من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضي أو الى رسوله برئ وان سلم الى المدعى لا وهذا اذا لم يصف الكفالة الى المدعى فان أضاف بأن قال كفل للمدعى فالحجوب على العكس أما ان عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالذهب أنه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار انه يقدر على ايصاله الى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعبار الطريق الا أن لا يقدر ان لا يفعلون ان قدروا فكان التقييد مفيداً وقد روى عن أبي يوسف نصاً وقال لان الناس لا يمينونه للاحضار قيل ويجب أن يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولى غيره فدفعه عند الثاني جاز ذكره في الخلاصة (ولو سلمه في برية أو سواد لا يبرأ) اتفاقاً (ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه) وفي المتن رجل كفل بنفسه محبوس ينبغي للقاضي أن يخرج حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفسه رجل وحبس المطلوب في السجن فأقْبى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانية فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صرح الدفع وان كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الى فدفعه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا القول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي اليك عن كفالتة كان جائزاً أيضاً برئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه يجوز

الاحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه قاله تسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما ينوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققاً من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان الاعتبار بكنهه من أن يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلاً وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وأوان فان أبا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثاني وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه

في ذلك المصر أو في مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمه الله فظهر الفساد والميل من القضاء الى أخذ الرشوة ففقد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعاً للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه يجوز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به (قوله فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو وث
أحدهما مسقط لهما أما اذا مات المكفول به فلا ن الكفيل بجزع عن احضاره ولا نه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل
وأما اذا مات الكفيل فلا نه بجزع عن تسليم المكفول بنفسه لاحتالة فان قيل فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله لا يصلح لايفاء هذا
الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لاحتالة وهو ظاهر لأنه لم يلتزم المال ولا نيابة لأنه لا ينوب عن النفس بخلاف
الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بؤنه لان ماله يصلح نائباً اذا المقصود ايفاء حق (٣٩٥) المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك

فيؤخذ من تركه ثم ترجع
ورثته بذلك على المكفول
عنه اذا كانت الكفالة
بأمره كافي حالة الحياة وإذا
مات المكفول له فلا وصي أن
يطالب الكفيل ان كان له
وصي وان لم يكن فلوارثه
أن يفعل ذلك لقيام كل
منه مام مقام الميت قال
(ومن كفل بنفسه آخر الخ)
ومن كفل بنفسه آخر
بالإضافة ولم يقل فاذا دفعت
اليك فأنا بريء فدفعه اليه
برئى لأنه يعني البراءة وذكره
لتذكير الظاهر وهو الموجب
ومعناه الكفالة بالنفس
موجبها البراءة عند التسليم
وقد وجد والتنصيص على
الموجب عند حصول الموجب
ليس بشرط كنبوت الملك
بالشراء فانه يثبت بلا شرط
لأنه موجب التصرف وكل
الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح
الصحيح لكونه موجبه وكذا
في سائر الموجبات وقال في
النهاية لأنه موجب التصرف
أي لان دفع المكفول به الى
المكفول له موجب تصرف

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه بجزع عن احضاره ولا نه سقط الحضور
عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادر على تسليم المكفول
بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فلا وصي أن يطالب
الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل اذا دفعت اليك
فأنا بريء فدفعه اليه فهو بريء) لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط
قبول الطالب التسليم كافي قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالاته صح لأنه

عن احضاره (قوله) واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه بجزع عن احضاره ولا نه
سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل (يعني بريء) لأنه لم
يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب (الذي هو احضار النفس
(بخلاف الكفيل بالمال) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به
الوصي فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعني المكفول عنه ان
كانت الكفالة بأمره كافي الحياة ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركه
حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء
حاجته اليه وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لأنه مؤجل على الكفيل أيضاً أمالومات المكفول له فلا
تسقط الكفالة بالنفس كالاتسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصي أو الوارث يقوم مقام
الميت في المطالبة بذلك (قوله) ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فأنا بريء فدفعه
اليه فهو بريء لأنه) أي دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى
التنصيص عليه كالمالك موجب البيع فيثبت عنه من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة
وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب
الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله (كافي
قضاء الدين) يعني اذا سلم المدينون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئى وان لم يقبضه كان غاصب اذا رد
المغصوب على المالك برأى مع أنه جان فلهما أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث
انما ذكره هذا الدفع توهيم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة
ما أريدت الا لتوثق لاستيفاء الحق فماله يستوفيه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم
ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار (قوله) ولو سلم المكفول به نفسه من كفالاته
أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي اليك من كفالة فلان (صحيح) عن
كفالاته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الأئمة لا تعلم فيه خلافاً قال المصنف (لأنه) أي المكفول

الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحاً وبليس بشئ لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع
المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغیر انما أورده هذا للنفي الاشتباه لان تسليم النفس محتاج اليه وقتا بعد
وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم أستوف حتى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال لقد أوجب على نفسه التسليم ولم
يذكر التكرار اذ وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كافي قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بإيفاء عين ما التزم فلا يتوقف
على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ابقاء على نفسه فيضطر به الكفيل والضطر يدفع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه
عن كفالاته أي كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كالتسليم ولا يصح كالتسليم لان المكفول به

مطالب بالخصوصة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طول به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفع
نفسى من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصح بقوله من
كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فخذ كفى النهاية من قوله لانه مطالب بالخصوصة أى لان المكفول به مطالب
بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظرا لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة أخرى
كإيضا ولانه يستلزم أن يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل
ورسوله اقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أوف بفلان الى شهر
فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال واغاد أى آناه من الوفاء وقيد بقوله لماعليه وهو مفيد لانه ان لم يقله
لم يلزم الكفيل شئ عند عدم الموافقة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلى مالك عليه ولم يسم الكمية
جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لا بتناهم على التوسع ولهذا الوقال كفلت لك بما أدر لك في هذه الجارية التي اشتريتها من
ذلك صححت وكذلك الكفالة بالشجة (٣٩٦) صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس أو لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيان أحدهما

مطالب بالخصوصة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال
(فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك
الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد
الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه
اذ كل واحد منهما مالتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر
فأشبهه البيهقي

(مطالب بالخصوصة) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب الكفيل فيكون بتسليمه نفسه
على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طالب به بحمل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالحمل اذا قضى
الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعني
اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه
الوكيل ولم يقل ما ذكرنا ليرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لأبامر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك
الا ان يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيئا ليرأ (قوله فان
تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو
ضامن) للآلف (لان الكفالة بالمال) في هذا (معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد
الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لا ينافي
الكفالة بنفسه اذ كل منهما مالتوثق) ولعله يطالبه بحق آخر فهذا ان مطلبان أما الاول فخالف فيه
الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أى لان تعليق الكفالة (تعلق سبب وجوب المال بالخطر
فأشبهه البيهقي) فكذا لا يجوز تعليق البيع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعته لك كذا بمائة فقبيل

بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الإجماعا ينافيها
من التسليم أو إبراء أو موت وليست الكفالة بالمال منافية له - ما لا اجتماعهما ولان كلامهم مالتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد
يكون له عليه مطالبات أخرى وإبطالها يقضى الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة
بالنفس ووجوب البديل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة وأجيب بأن بدليتها ممنوعة فان كلا واحد منهما ما مشروع
للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلها وان اجتماعهما صحيح والواقع ما اذا لزم الواجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال
الشافعي هذه الكفالة أى المعلقة بالشرط لا تصح لانه أى تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيهقي في لزوم المال
بالعوض بالرجوع على الأصح اذ كان بأمره وتعلق سبب وجوب المال بالخطر في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا لانسلم ان
فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكن أشبه البيهقي مطلقا ومن وجهه الاول
ممنوع والثاني يفيد المطلوب

(قوله فيه نظرا لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير في قوله فيه نظرا راجع الى ما في قوله فخذ كفى النهاية

ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كهبوب الرمح ونحوه ويصح بشرط متعارف علا بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوف به غدا فعليه

لأنه يشبه البيع من وجه كاهم ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبّه البيع يقتضي أن لا يجوز التعليق بالشرط كلها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك وأعمال الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الرمح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملاً بهما والتعليق بعدم الموافقة متعارف فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة بالنفس ورغبتم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوف به غدا فعليه

الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا (ولنا أنه) أي عقد الكفالة (يشبه البيع) في الانتهاء من حيث أن الكفيل بالامر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث أنه) تبرع في الابتداء (التزام) المال فبالنظر إلى الشبه الأول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر إلى الثاني فقط يجوز مطلقاً فإن النذر يصح تعليقه مطلقاً فلنا بالشبهين (فقلنا ان كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي تعارفوا وتعاقبها به (صح) علا يشبه النذر وان كان بغير متعارف (ك) دخول الدار و (هبوب الرمح) ونحوه لا يجوز عملاً يشبه البيع والتعليق بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الكيفية في صورة المسئلة وهي الألف اتفاقاً في التصوير فإن الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية التمسك بالمكفول به بل لا تضر جهالة المكفول به ولو قال كذا لك بمالك عليه صح ومما ثبت بالبينه أنه عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فأما لا تصح الكفالة الثانية للتعلق وأما ثبت صحتها ما قاله مقتضى وهو الكفالة بالنفس أو لائم الكفالة بالمال ثانياً معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان مع عدم المال موجب لأن موجب تلك تسليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطاً للآخر بل هو أزان يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذي كفل به معلقاً وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البديل الأول كانت العبارة كفلت بنفسه على أي أن لم يوف به إلى كذا كنت كنيلاً بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس فجزأ بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ أنه لو كانت المعلقة بماله عليه بأن كذل بنفسه على أنه ان لم يوف به إلى كذا فهو وكفيل بكل مال عليه ينبغي أنه إذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حتى أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه إليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره إلى القاضي لينصب وكيلاً فيسلمه إليه وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري إلى القاضي لينصب وكيلاً عن الغائب ويرد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يوف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول وهنالك مسائل أحداها أن يكون الطالب والمطلوب واحداً في الكفالتين وأنه جائز استحساناً والثانية أن يكون الطالب مختلفاً فيهما فبطلت الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحداً أو اثنين وان كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين فهو والمختلف فيه ولو كفل بنفسه إلى غدا فإن لم يوف به غدا في المجلس مثلاً فعليه المال الذي عليه واشتراط الكفيل على الطالب ان لم يوف به غدا فبعضه متى فأنابرى عنه فالتعبا بعد الغد فقال الكفيل قد وافت وقال الطالب قد وافت ولم يوف أنت لم يصدق واحداً منهم حافظاً فقام المطلوب بينة على الموافقة برئ من الكفالتين وكما كفل على أنه ان لم يوف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافي به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فإن غاب فلم أوفك به فأناض من له عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوف به غدا فعليه

قال المصنف (ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال في البدائع إذا قال ان كملت فلان فاعلى أن أنصدق بهذه الشروط فكلم فلاناً واجب عليه أن يتصدق بها انتهى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة وهذه مسألة الجاهل الصغير فهي وان وافقت مسألة الغدوري المذكورة في ان في كل منهما وجب المال بعدم الموافقة بالشرط لكنهما اعدمها بهما بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بياناً لعدم التفرقة بين عدم الموافقة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالنكاح كيدلها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالبراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه لأن الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والالزام أن يكون ما فرضناه تأكيذاً لغير مقصود بالذات وذلك خلاف باطل وأجاب الامام طهير الدين رحمه الله في فوائد به أن البراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالبراء تنفسخ الكفالة من كل وجه (٣٩٨) وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل

عن التسليم المستحق بعدد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافقة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التأكيذ مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيذ كما كان فان قيل اذن يتصرف الكفيل وهو مدفوع فلما التزم منه غير مدفوع وقد التزم حيث تبين باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظناً منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذلك ما يترتب عليها قلنا ادعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم يوافق فلا يفيد في اضرار غيره قال (ومن ادعى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينهما أو لم بينهما حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فلم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان لم بينهما حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه) لانه علق المالا مطلقاً بخاطر الا يرى أنه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها

المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي أن لا يجب المال اذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بقاء المكفول بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كالأمر بالمكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أوجب بالفرق بأن البراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم الفية فيقتصر اذا ضرورة الى تقديم الى الكفالة بالمال وأما جواب المحبوبي والمبسوط بأن تعجزها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل للمال لالحال ثم علق ابراء بعدم الموافقة فخرج عن الظاهر احتياطاً لا يجب المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره في الاسلام والصدرا الشهيد وقاضيان فيثبت الفرق بين مسألة الجامع والغدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافقة اذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنه الضمان وانما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافقة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بأمر سماوي لاحتماله في دفعه ولا تقصير منه فيه والافكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه اذ قد عرف أن المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيدة والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينياً في تركه اذ امضى الوقت قال طهير الدين في الاصل اشارة الى أنه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضائه المدة لا يلزم الكفيل بالمال وان أبي القبول يجب عليه لانهم حقاق في ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورته في الجامع محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم رجلاً لا وادعى عليه مائة دينار فيهما أو لم بينهما أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعوه وأنا كفيل بنفسه الى غدا فان لم أو افل به غدا فعلى

على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم بينهما مائة حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخره قال محمد ان لم بينهما حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدّر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين أحدهما ان الكفيل عاق في كفاله مالا مطلقاً عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بأمر متدد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافقة بالمدعي عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها الاحتمال انه لم يلزم المال الذي هو على المدعي عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليرتد المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف

والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحديثنا لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى (٣٩٩) ولهما ان المال ذكره معرفا لانه قال

فعلى المائة فنصرف الى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها منسوبة على الاولى وهذه التسمية في مقابلة التسمية الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقر به ان المال اذا لم يكن معلوما لأس بذلك لأن العادة جرت بالاجمال في الدعوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار الدين فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكانت أيراد المائة المطلقة في الإثراء المائة التي يدعيها وبيننا في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعي المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز

ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما أن المال ذكره معرفا فنصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحد ودود القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليه اعنده وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد فيلحق به الاستيثاق كافي التعزير

مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافق به عند اقال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينه حتى كفل له بالمائة دينار أو اداها به بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه وأراد بالوجهين ما اذا بينه أي ذكر أنها جيدة أو ردئية أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل والأفود أن يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينا أو لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل ثم جاهد وجهان أحدهما أنه على التزام مال مطلق بخطره وعدم الموافقة لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور الماتريدي وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعي به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكره معرفا فنصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعوى) قبل الحضور الى مجلس القاضي احتراز عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قد أسهمناك عبارة الجامع الصغير والمال منكرفيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بألف ظهر انه أراد الألف التي سببها حكما بيان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تعجيل الكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أننا لم نحكم حال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهرت أنه انما كفل بالألف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يوافق به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه قضى غدا ولم يوافق به ونلان بقول لائى على والطالب يدعى ألفا والكفيل يشكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لائى عليه وغدا يقتضى أن الحاصل ان أنا حنيفة وحده وبسته فادبهم أن الألف يجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل يشكر وجوبه على الاصيل وسند كرمنا يظهر فيها (قوله) ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه قال المصنف (معناه لا يجبر) على اعطاء الكفيل (عنده) وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد ولهذا يشترط الدعوى (وفي القصاص لانه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لا خلاء الارض عن الفساد

احضار الكفالة بمخلف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كافي سائر حقوقهم وفي القصاص لانه خالص حق العبد أي لان

(قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله لا يجبر في حد القذف

المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الأمر بالازمنة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتغيب فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول يستأنذه الطالب في الدخول فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنع من الدخول بخلاف الحدود والحالصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بهما وإن طابت نفس الكفيل به سواء أعطاها قبل إقامة البينة أو بعدها أما قبل إقامتها فلا أن أحد لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا تسمع دعوى أحد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الأصل وبعد إقامة البينة قبل التعديل (٤٠٠) يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة إلى أخذ الكفيل (ولابى حنيفة رحمه الله

قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حدم من غير فصل) يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله قبل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاص في أدب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولان مبني الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيه الاستيثاق بالتكفيل) فإن قيل حبس بأقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل لوجب بأن الحبس للثمة على ما ذكره لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) فإنه محض حق العبد

بخلاف الحدود والحالصة لله تعالى ولا يحنيفة رحمه الله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حدم من غير فصل (ولان مبني الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) (ولو سمعت نفسه به يصح بالاجماع) لأنه أمكن ترتيب موجه عليه لأن تسليم النفس فيه ما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم ومعنى الحبس ليس أنه يحبس حتى يعطى بل يلزمه ولا بدع يدخل بيته الا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلا (بخلاف الحدود والحالصة حق الله) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعي عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبله إلا قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الأصل وبعد إقامة البينة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فإن حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقذف حتى يجبره القاضي على الحضور ويتحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة باحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يحبس بذلك لأن معنى الاستيثاق فيه أكثر أوجب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لثمة الأمانة والفساد تعزيراً وإذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلزمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس فإن أحضر البينة فيها والاخلى سبيله وروى عن أبي يوسف في الذي يجتمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤذبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فأن أحبسه وأخلده في السجن إلى أن يتوب لأن شر هذا على الناس وشر الأول على نفسه (ولابى حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد) رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن أبي عمار الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية الجهوليين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله قال مجهول لأعلم روى عنه غير بقية كما روى عن سائر الجهوليين (ولان مبني الكل) يعني الحدود والحالصة حق الله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) حيث يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيمنعه بنفسه هذا (ولو سمعت نفسه) أي نفس المطلوب (باعطاء الكفيل بلا جبر) يعني في حد القذف والقصاص (جاز لأنه أمكن ترتيب موجه عليه) وهو تسليم النفس (لأن تسليم النفس فيه ما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعديل صحة الكفالة إذا سمع بها في الحدود والحالصة حق الله لأن تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الحجازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها العباد حق كحد القذف لا غير كإكرامه من قريب ولأنه معارض بوجوب الدرء

يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه كما في (ولا الاموال) (ولو سمعت نفسه) أي لو تبرع المدعي عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحد القذف صح بالاجماع لأنه أمكن ترتيب موجه عليه لأن تسليم النفس فيه ما واجب فيطالب به الكفيل ويحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين

قال المصنف (قوله قبل هذا إلى قوله مرفوعاً) أقول القائل هو الاتقاني وقال في شرحه ولنا في دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات) أقول تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فهم ما أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلاً لأن الحبس ههنا التهمة أي التهمة الفساد لا لاثبات المدعى لأنه يحتاج إلى حجة كاملة والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد والعدالة لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت بأحد شطريهما أو قد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالتهمة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وحاصل الفرق أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كافي الأموال إذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الإفداء لا يحبس فيه إلا بحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحودود والقصاص فإن الأقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوت التهمة مرة ولقائل أن يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرة بالشبهات والدرة ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالإجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالتهاون فيه وبيانه أن (٤٠١) الدرة أمور به والترا والتهون حرام

لافضائه إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فإذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يحبس الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدالته والإبقاء من أمثاله مأور به فيحبس بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعاً للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليم الجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحمّل للدرة والله أعلم بالصواب وذكر في كتاب أدب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما ما جاز أن

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لأن الحبس للتهمة ههنا التهمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد والعدالة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وذكري كتاب أدب القاضي أن على قوله لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيناف بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأنه دين مطالب به يمكن الاستيناف

(ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أنه عدل لنفي المجهول (لأن الحبس ههنا للتهمة) للاستيناف بالحد (والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد والعدالة) فإذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روي به من حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالتهمة وقدمنا تخريجها والكلام فيه في الحدود (بخلاف الأموال لأن الحبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فإنه لو ثبت المال بالدينسة العادلة وامتنع من الإتيان يحبس فكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحدود والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالنص وأصل التأنيبه وأومئ وهمت الشيء أهمله وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا والاسم التهمة بالنص بأكمله أو تهمة كافي أنككت أصله أو تكلت بمعنى اعتمدت فلبت الواو بآء لا تنكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الأفعال قال المصنف (وذكري في أدب القاضي أن على قوله لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيناف بالكفالة) أذهب ما يقول بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهم ما رواه في رواية بحبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما ما بأن المراد بالاولى يحبس أن لم يقدر على كفيل والثانية يكفل بالحبس أن قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد

(٥١ - فتح القدير خامس) يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقبل معنى كلامه أن في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيناف بأحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ) أو رده هذه المسئلة ههنا دفعاً لما عسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوات دون الديون المطلقة فإن محصة الكفالة تقتضي ديناً مطالب به مطلقاً والخراج كذلك

(قوله أي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى) أقول لا تظهر لاثبات (قوله ينافي الدرة) أقول لا نسلم ذلك وانما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيناف كافي التكفيل وليس كذلك بل الحبس يكون للنقير وما نحن بصدد ذلك وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للموضوعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى فليتأمل (قوله ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحمّل للدرة) أقول لا نسلم ذلك لكون الاتهام أكثر فليتأمل (قوله وقبل معنى كلامه) أقول القائل هو الكافي (قوله أو رده هذه المسئلة ههنا الخ) أقول أنت خير بأنه لا بد على وجه إرادته في أثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهم بيانه الا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس حائز في الخراج وإن كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والأمر بهين

ألا ترى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلزم من عليه لأجله فصحت الكفالة عنه وانما قبل مطالبة يعني في الحياة والمات احترازا عن الزكاة فانهم يطالبون بما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام وأما في الباطنة فلا كمالا يكون منهم نواب الامام والكفالة بهم لا يجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرذا كره في باب الكفالة فقوله (لانه دين مطالب به) اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والمات تصح الكفالة به بالاستتغناء ولو وجد ما شرع الكفالة لأجله فيه وقوله (يمكن الاستغناء) اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستغناء لكونه توثيقا بجانب الاستغناء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قبل في كلام المصنف اف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفلا بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جلة أو على التعاقب (٤٠٣) لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة

الاصيل في المطالبة بأن يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كإمائه مطلوب بالحضور بنفسه وله هذا قلنا ان ابراء المكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثيق وبالنسبة يزداد التوثيق وما يزداد به الشيء لا ينافي به البتة فكان المنتضى لجواز موجودا والمنازع منتفيا قال قول بامتناعه قول بلا دليل واذا صححت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثيق فلو برئ الاول ما زاد الامتناع فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن أبي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لا واجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين

حتى يحبس به ويلزم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاءه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أى كل من عقد الكفالة وهو مطالب به المكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به يمكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا يجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلات وجوبه على الشرع كإلزام الدين لما كان ملزوما لا وازم الدين كما ذكرنا صاحب العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس بحقيقة الدين لان حاصله ايجاب تملك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركه جبر للورثة عندنا ولم يخص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالبها من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالب بالمالك فالمالك مطالب بفتح الام ليس غير ومطالبة الامام ليس لا يصلح المستحقين الى أملا كهم بل الى ما يستحقون لا بطريق المالك بخلاف سائر الدين فانهم ملوكات (قوله ومن أخذ من رجل كفلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفلا آخر) بنفسه جاز (وهما كنيان) بالنفس (لان موجه التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين به لزيادة التوثيق ثم اذا أسلم أحدهما انفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا ما طوب كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كذل ثلاثة ما بألف لا يطالب أحدهم الا بثلاثها ولو كفلوا بها على التعاقب طوب كل واحد بالالف وأيمهم قضى سقطت عن الباقي (قوله وأما الكفالة بالمال) هو عدل قوله أول الباب الكفالة ضم بان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة

وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية الصريحة والاصل موافقتها وبفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والخوالة فان فيها يبرأ المحبيل وذلك باطل ثم اذا أسلم أحد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بأف أو مجهولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه أو بما يدر كذا في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان ديننا صحيحا لان معنى الكفالة على التوسع فانما تبرزع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به بسيرة وغيره ما بعد أن كانت متعارفة قال المصنف (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول قال الاتقاني الضمير في عليه راجع الى الخراج وفيه ما راجع الى الكفالة والرهن انتهى والظاهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما الكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل في كلام المصنف اف ونشر مشوش) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونها وهو الشبهة دليلاً على جوازها بالجهول وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول ان الضمان بالجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولاً كائن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالإجماع وهو ضمان بالجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجرة أي شجرة كانت إذا كانت خطأ فأنما صحيحة وإن كانت بمجهول (٣٠٤) لاحتمال السرية والاقتصار

وإنما قيل خطأ لأنما إذا كانت عمداً وقد مررت وكانت الشجرة بآلة جارحة فأنما توجب القصاص والكفالة به لا تصح ولما مر ذلك في كلامه لم يحتج إلى التقييده (وشرط أن يكون

المكفول به ديناً صحيحاً) وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لأنه ليس بدين صحيح إذا الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من نفسه إلا بالإفشاء وبذل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المالك أن يسقط البذل بتجزئه نفسه وقيل لأن المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به قال (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له مخير بين أن يطالب الذي عليه الأصل أي الدين ويسمى الدين أصلاً لأن المطالبة مبنية عليه فإن مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعاً وهذا التفسير بناء على ما تقدم أن الكفالة ضمن ذمة إلى ذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الأول لا البراءة عنها إلا إذا شرطت البراءة

وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة وصار كما إذا كفل لشجرة صحت الكفالة وإن احتملت السرية والاقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراعاة أن لا يكون بدل الكتابة وسياً تبيك في موضعه إن شاء الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار أن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله) لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الأول لا البراءة عنه إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حواله اعتباراً للمعنى كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لأن مقتضاه الضم بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحدهما الغاصبين لأن اختياره أحدهما

الصريح لوقال أما المالك فإله بالنفس وهو إنما قال فإله ككفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وإن كان المالك المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو وابن أبي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالجهول لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز في القديم تعيينه لوقوع المما كسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالندل لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم في ذلك ويدل على ذلك أقدمه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلى فكان مبنياً على التوسع فتحملت فيها الجاهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع وما نوقض به من أنه لو قال أنا ضامن لك ببيع مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن وبه يترتب أن يبين أي مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك إجماع) وضمن الدرك أن يقول للمشتري أنا ضامن لك إن استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله وقد نقل نص الشافعي رضى الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله تعالى ولن جاءه من دونه عجل فإنه زعيم على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن أن يدعى أن جل البعير كان مقدراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الجمل الصادر خمسة مثاقير طل فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجرة) أي خطأ فإن العمد على تقدير السرية يجب القصاص إذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص وإذا كانت خطأ في الكفالة بنهاجها الله المكفول به فأنما ان سرت إلى النفس وجب دية النفس والأدراك الشجرة ومع ذلك صح وقد مر أن المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فإنه ليس بدين صحيح لأن العبد ممتنع من إسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولأنه ليس سيده على عبده ولا دين يثبت للسيده على عبده وكذا يحترز به عن دين الزكاة فإنه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكسبه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار أن شاء طالب الذي عليه الدين وإن شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذرت مطالبة الأصل (وله مطالبتهما) جميعاً لأن الكفالة ضمن ذمة إلى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء إذا شرط في الكفالة براءة الأصل حينئذ لا يطالب الأصل بناء على أنها حينئذ حواله عقدت بلفظ الكفالة فتجوز فيها فتح جري حينئذ أحكام الحواله كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأ الأصل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيما (بخلاف المالك) المغصوب منه (إذا اختار تضمين أحدهما الغاصبين) يعنى الغاصب والغاصب إذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له أن يضم الآخر (لأن اختياره) تضمين (أحدهما) أي أن قضى القاضي عليه

فتصير حواله اعتباراً للمعنى كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا أنه لا يطالبهما جميعاً جملة ومعاقباً بخلاف المالك إذا اختار أحد الغاصبين أي الغاصب والغاصب فإنه إذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لأن اختياره أحدهما

(قوله ولما مر ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لأن المولى الخ) أقول فيه شيء ويندفع بقولنا قياساً تأمل

يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التملك فوضع الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما يبيع فلانا فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصب بك فعلى والاصل في قوله تعالى ولمن جاء به جمل بعير أو أتاب زعيم والاجماع منع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل أنه يصح تعليقه بشرط ملائم لها مثل

(يتضمن التملك منه) فبغير الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التملك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله) ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما يبيع فلانا فعلى وما ذاب لك عليه أي ما وجب ونبت فعلى من ذوب الشحم لأن المعنى أن يابعه فعلى ذلك البيع وان ذاب لك عليه شيء فعلى وكذا ما غصبك فعلى وإذا صح فعليه ما يجب بالمبايعة الأولى فلا يباعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعة الثانية ذكره في المجرى عن أبي حنيفة نصا وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهى عن المبايعة صح حتى لو يبيع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا بصير المكفول عنه مع لومافان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بجهالة المكفول في الاضافة ولو قال ما يبيع من الناس فعلى ضمانه فهو باطل انتفا حش الجهالة بجهالة المكفول عنه وببطلان انفراد جهالة المكفول به فانما حينئذ قليلة التحمل والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التخيير لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما يبيع أحد فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذلك لو قال ما ذاب لأحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لا تنقائم ما ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة كأنه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن يبيع فلانا اليوم من يبيع فعلى لا يلزم الكفيل شيء لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضر من ما يبيعهم فعلى يصح فأبهم يبيعهم لزم الكفيل لأنه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين مع لومين عنه المختاطبين والافلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كذا لك لهما على فلان وهو ألف أو له ذاب لهما عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لان جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه في التخيير حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التخيير والاضافة حيث يصح في التخيير دون الاضافة أما الاول فيحتاج الى الفرقين ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لأنه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها بجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق حيث يصح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتعليق ان القياس أبي جواز اضافة الكفالة لانها تملك في حق الطالب وانما جواز استحسانا للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوما فإذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا أن الماثل هو الاضافة لجهالة المكفول عنه إذا عرف هذا جئت الى مسألة الكتاب فاسد دل المصنف وأكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به جمل بعير أو أتاب زعيم ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة وكذلك قال أصحاب الشافعي لأن هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة

يتضمن التملك اذا قضى
القاضي بذلك فلا يمكن
من التملك من الثاني أما
المطالبة بالكفالة فلا تتضمن
التملك قال (ويجوز
تعليق الكفالة بالشروط
الخ) ويجوز تعليق الكفالة
بشرط ملائم مثل

أن يكون شرط الوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستثناء مثل أن يقول إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لم تعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيأ أو إذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلى ولا يجوز بشرط مجرد عن الملازمة كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لأنه إذا كان أجنبيا كان التعليق به كافي هيوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأتابه زعيم فإن نادى يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو الجهي بصواع الملك وكان نداه بأمر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا ثم ربعة لنا إذا قصصنا الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشافعية أن هذه الآية محمولة على بيان العمالة بأن يأتي به لبيان الكفالة فهو كفول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون إذا التزم عن غيره وهما قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها اشتملت على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بهما مأمور واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى للغير ان الملك يقول ان جاء به حل بعير وأتابه زعيم بذلك فيكون ضامنا (٤٠٥) عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة وعن

أن يكون شرط الوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لم تعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر

وضمنان العمالة على هذا الوجه جائز كن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة ان المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته الا في مسألة واحدة ستأتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العبر عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم ان جاء به حل بعير لانه انما نادى بأمره ثم كف عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا أن فيه جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لم يثبت أي فتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال على هما على فصول عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الأمرين ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يبق على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفي ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمنان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالمبيع الى آخر ما تقدم اقتصصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاملا تاما ملازمة الشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سببا للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف بأن يكون شرط الوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فان استحقاقه سبب وجوب الحق الثن على البائع للشترى ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو الجهي بصاع الملك فانه سبب وجوب الجعل الثاني (أن يكون شرط الامكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فان قدمه سبب موصول للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيأ ومن

حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية أمرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له وادفعتها الى سبب الوجوب وعدم جواز أحدهما ما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز أصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حل بعير وهو غير مع لوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع

مطلقا والثانية انما تمنعه لاجل الاضافة لالجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل بأبي القياس جوازها على ما أتى وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول منه معلوما فالجهول باق على أصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعنان حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعنان من غير قبول أصلا وإذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بتولنا على ما يأتي

قال المصنف (وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه) أقول أي في معنى الذي ذكرناه وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تطبيقها به قال المصنف (فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة أيضا هنا كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول كما إذا قيل من غصبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعود) أقول الاشارة الى كون الكفالة بيعا في حق الطالب فانه اذا كانت الكفالة تملك في حقه وادفاعة التملك الى المستقبل لا تصح لم تصح اضافة الكفالة الى المستقبل في القياس فلستأمل

(قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا) اي كمالا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا لا كمالا وفي كلامه نظير من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لانني جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل كل واحد منهما اجلا ولا يتخلوا ما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة اذ لم يذكر ثالثا ولا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده الا أنه تصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشرط الفاسدة (٤٠٦) ومع ذلك فليس يستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن أن يجاب

عن الاول بأن حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما أو المجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كني المعلقة ولا تنتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الاجيجاب المعاق نوع اذا التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقرب من كان على ذكر منك وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكذا لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة قوله (ويجب المال حالا) وتقديره لان الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالاجال الفاسدة كالطلاق والعناق ويجوز الحجاز عدم الثبوت في

وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وان لم تقم البينة

الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنه مالك على فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافق به وفي الخلاصة نقلا عن الاصل قال للودع ان انا ف المودع وديعتك أو بحدك فانا ضمن لك صح وكذا اذا قال ان قلت انك فلان خطأ فانا ضمن للديعة صح بخلاف ان اكل سبع ونحوه عا ليس ملائما كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا) يعني من هبوب الريح ونحوه المطر كأن يقول كفلت به أو عاك عليه الى ان تهب الريح أو الى أن يجي المطر لا يصح الآن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما من نحو اذا هبت الريح فقد كفلت بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد أو الدباس أو المهر جان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل فالخصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعديل المصنف لهذا بقوله (لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق) يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضين ان الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجماع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق وأراد التأجيل هذا وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة به ومثل بقوله اذا استحق المبيع فانا ضمن الى أن قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ونحوه المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشرط الفاسدة أصله الطلاق والعناق وفي الخلاصة كفلت بمالك على أن يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيه الكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انهم تبطل بالشرط الفاسدة ان كانت في صلبها (قوله فان قال تكفلت بمالك عليه) هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شيء الا أن تقوم البينة بمقدار ألف أو غيرها (لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق به ما عليه) فوجب عليه (ولولم تقم بينة

الحال في كل واحد منهما) فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل (فان قال لم تقم البينة بالبينة كالثابت معاينة) ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به (وان لم تقم البينة قال المصنف) (وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا) أقول أي وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف (لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط) أقول أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا أي بأجل متعارف (قوله فاعل يصح هو التعليق) أقول يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراد به التأجيل على طريقة الاستخدام

فالقول قول الدفيل مع عينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر الزيادة) وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشي مجهول وانما كان مع عينه لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء (٧٠ ع) مما يصح بذله كان القول قوله مع

عينه كالمدعى عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه منكر الزيادة) فان اعترف المكفول عنه بأكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله (لولايته عليها) قال (وتجاوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه

فالتقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه) مع عينه (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه) (ويصدق في حق نفسه) (لولايته عليها) قال (وتجاوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه

فالتقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه) مع عينه (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه) (ويصدق في حق نفسه) (لولايته عليها) قال (وتجاوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه

قال المصنف (لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول قال الزيلعي بخلاف ما اذا قال ما ذابك على فلان

فعل فلان على نفسه بأف فأنكر الكفيل ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به المطلوب استحسانا والقياس لا يلزمه شي لما ينبتنا وجه الاستحسان أنه تكفل بغير استصحاب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يتأتى بأي طريق كان في مسئلة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا اخبر الطالب والمطلوب ما علمه كان متما فلا يصدق ما لم يقم البينة اه وفيه بحث

بل منتفع لاحتمال المطلوب ان تضرب فانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فبالامر لم يتضرر وان امر فقد رضى
والضرر المرضي غير ضار فثبت (٤٠٨) ان الكفالة بنوعها بما يقتضيها المقتضى مع انتفاء المانع وكل ما هو

كذلك فاقول بجوازه
واجب ثمن كفل بأمره
رجوع بما أدى عليه لانه
قضى دين غيره بأمره ومن
قضى دين غيره بأمره يرجع
عليه ولا يفتقض بما اذا كان
المكفول عنه صبيًا محجورًا
عليه أو عبداً كذلك
وأمر الكفيل فانه اذا
أدى لا يرجع على الصبي
أصلاً ولا على العبد
مادام رقيقاً لان المبراد
بالامر ما هو معتبر بشرعا
وما ذكرتم ليس كذلك
ولا بما اذا قال لغيره أدعني
زكاة مالي أو أطعم عني
عشرة مساكين ففعل
فقد أدى دين غيره بأمره
ولا يرجع عليه ما لم يقل
الامر على أي ضامن
لان المراد بالدين هو
الدين الصحيح وما ذكرتم
ليس كذلك على ما تقدم
وان كفل بغير أمره لم
يرجع

قال المصنف (لانه قضى
دينه بأمره) أقول المراد
أمره المعهود (قوله لانه
المراد بالامر ما هو معتبر
بشرعا وما ذكرتم ليس
كذلك) أقول فيه تأمل
فانه لو لم يكن معتبراً لم
يرجع على العبد به

ما عني ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا يفتقض الخ (قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب

على المطلوب بنبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضى به (فان كفل بأمره يرجع بما أدى عليه) لانه
قضى دينه بأمره (وان كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه)

على المطلوب) لان ضرره (بنبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أي الرجوع (عند أمره) وعند أمره
يكون (قد رضى به) فان كفل بأمره يرجع بما أدى لانه قضى دينه بأمره (مقيد بأمرين أحدهما
أن يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيًا أو محجورًا أو امر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان
عبدًا محجورًا فاقبار جمع عليه بعد دعه فلو كان الصبي ما ذونا صرح أمره ويرجع الكفيل عليه
لصحة أمره بسبب الاذن فانهم ما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول كفل عني اضمن عني
اقلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفـ لان على لم يرجع عليه عند الاداء
لان الكائن مجرد الامر بالضممان والاعطاء بخلاف أن يكون انقضاء يرجع وان يكون القصد طلب تبرعه
بذلك فلم يلزم المال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن اقلان
ألف درهم أو افضه ألف درهم فـ عمل لم يرجع على الامر الا اذا كان خليطاً أو شريكاً وقال أبو يوسف
يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وأن يكون كذلك الا اذا كان قضاء من
جهة الذي أمر فصار كالموكل افض عني ويتضمن ذلك استقرضاه منه ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر
لغا الامر لانه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أما الخليط فيرجع فيه
بالاجماع والخليط هو الذي يتاد الرجل مدابنته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستعجار منه
وأورد مطالبه بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قال أدعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين
فأدى عنه لا يرجع على الامر ما لم بشرط الضمان فيقول على أي ضامن فلم يكنف بمجرد الامر في الرجوع
وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفي به وأجاب في الذخيرة ومبسوط
شيخ الاسلام بأن الامر طلب التمسك من المأمور في الفصول كلها لانه أمره أن يؤدي عنه ويقضى
عنه وأن يكون قاضياً عنه الابد أن يصير المقضى به ملكاً لا أمره أن الملك لا أمره انما يثبت في
ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه متى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت لا أمره مثل ذلك
والافلا وفي قضاء الدين انما يثبت للاباض ملك مضمون بالمثل لانه انما يملكه بالمثل وهو الدين السابق له
حتى لو ظهر أن لادين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت لا أمره ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا القرض
وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لازكاة عليه لا يسترد من
الفقيه ما قبض فيثبت لا أمره ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة
تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب اتمام ولو ذكر لفظة عني
لما ذكرنا أن الملك انما يثبت للكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله (وان كفل بغير
أمره لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل
بأمره لان الطالب بالاسـ تيفاه منه كالمالك على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في
استيفاء المال من الاصـ بل وقولنا عليه الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شيء
من ذلك فانما معناه التشبيه أي هو كالمالك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصـ بل
حكم الكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر الى أدائه وهذا لا يكون في كفاله بلا أمره

(لانه)

ما عني ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا يفتقض الخ (قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب

لانه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا أدى رجوع سواء كفل بأمره أو بغير أمره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب أن عليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وإذا كفل بأمره فبمنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب لا الكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالاته بغير أمره (قوله رجوع بما أدى) اعلم أن الكفيل عليك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ماضين وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ماضين والثاني أن يكون أدى خلاف ماضين كما إذا أدى زيوفاً بدل ماضين من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بماضين لا بما أدى قال المصنف (لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه الا بما في ذمته فكذلك من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بماضين وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بماضين لقيامه (٩٠٤) مقام الطالب وفيه بحث من وجهين

أحدهما أن هبة الدين للكفيل تملك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لافي الدين والثاني ان الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ماضين وأما في الاداء بخلاف ماضين فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بماضين فيما تعين الرجوع به فيما تعدد ما أدى وماضين والجواب عن الاول بوجهين أحدهما أن عليك الدين من غير من عليه الدين يصح ان تسحب انا اذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه عليك ما لا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكاله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون

لانه متبرع بأدائه وقوله رجوع بما أدى معناه اذا أدى ماضين أم اذا أدى خلافه رجوع بماضين لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث وكذا اذا ملكه المحتمل عليه

(لانه متبرع) ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بل ارضاء ولذلك لا يرجع وقوله (رجوع بما أدى معناه اذا أدى ماضين أم اذا أدى خلافه) فانما (رجوع بماضين) حتى لو كان الدين زيوفاً أدى عنه جليداً فانما يرجع بالزوف أو كان الدين جياداً أدى عنهم زيوفاً ونحو ذلك الطالب به فيرجع بالجياد بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى فلو كان الدين جياداً أدى زيوفاً يرجع بالزوف ولو كان زيوفاً أدى جياداً يرجع بالزوف أيضاً لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفاً فتحتمل الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب بنفسه ف يرجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فان ماله عنه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطلب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح من عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدلل من قال ان الكفالة تضم في الدين أحجب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا تجوز اذا لم يأذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحقاقنا وهما ما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه أن يقال بعدد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان قبض الطالب من الكفيل سقطت ولا يثبت عن الدين الذي على المطلوب اذ صار ملكه شرعاً جبراً من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسلط على ما ليس في ملكه والاوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهم ما باداء أحدهما كما هو أحد القولين أو اعتباره كذلك عند الهبة فصحباً لا تصرف وإذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما إذا أبرأه لان الواجب عليه المطالبة والبراءة فقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله (وكما اذا ملك المحتمل عليه الدين) بالاداء الى المختار بأن أحال

(٥٢ - فتح القدير خامس) تملك الدين من عليه الدين وهو جائز والثاني أن الكفالة تضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة وأما اذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وهناً قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للمالك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لاما على غيره وأمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في أن ابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان ابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت عليك اقتضت ملكاً مقدوراً للتسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فثبت الحاجة الى نقل الدين ليصح التملك والتمليك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذلك من الكفيل وعن الثاني بأن التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم انزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب الا ماضين له فكذلك من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يجعل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى الحال عليه ذلك بخلاف ماضين فان الحال عليه يرجع على المحيل بماضين لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه شيء فانه لا دين على الكفيل في الاصل

(قوله بما ذكرنا في الحوالة) قبل يريد به حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل تقريره التكفيل لا يرجع الا اذا أدى بأمر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور بجمع بما أدى فكذلك التكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الا حتمى حيث يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتباره ما قلنا أدى الزوف على الجهاد ويجوز له ذلك يرجع به ادون الجهاد لان اداء المأمور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله يرجع بما أدى باطلا فقه فيه تسامح وأما اذا صالح التكفيل رب الدين فهو (٤١٠) على نوعين أحدهما ان يصلحه على أقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على

خمس مائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لانه اسقاط في مكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع التكفيل على المكفول عنه على ما ذكره والثاني ان يصلحه على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسأتي قال (وليس للتكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال) التكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الاداء فاتفق في الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما ما بين الموكل والوكيل مبادلة حكيمه ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن ولو وكيل ولا به حسم المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبايع فوجب المالك الموجب لحواز المطالبة

بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح التكفيل الطالب عن الالف على خمس مائة لانه اسقاط فصار كما اذا أبرأ التكفيل قال (وليس للتكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعه قد بينه ما مبادلة حكيمه قال (فان لزم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حسم كان له أن يجسسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثل (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه واستوفى منه برئ التكفيل) لان براءة الاصيل توجب براءة التكفيل لان الدين عليه

المدينون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لاجبما أدى حتى لو أدى عروضا ودراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالتكفيل وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله (كما ذكرنا في الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى لانه لم يملك الدين بالاداء) فانما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح التكفيل الطالب عن الالف) المكفول به (على خمس مائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمس مائة لا بما ضمن وهو الالف (لانه اسقاط) أو هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى التكفيل وقوله (فصار كما لو أبرأ التكفيل) يعني عن خمس مائة وأخذ منه خمس مائة لا يرجع التكفيل على المكفول عنه الا بخمس مائة فكذلك اذا صالح على خمس مائة عن الالف لا يرجع الا بخمس مائة أو المعنى اذا أبرأ التكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل (قوله وليس للتكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لانه) أي التكفيل (لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له أن (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤديه لانه انعه قد بينه ما مبادلة حكيمه) فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حسم المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذلك الوكيل (فان لزم) التكفيل (بالمال) فله أن يلزم المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه) وكذا اذا حسم كان له أن يجسسه (خلاف الشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذا الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤدي بعد وقلنا لازمه وجب معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لانه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه والافيعامل بمثل ما عامل به (قوله) واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ التكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة التكفيل) بالاجماع (لان الدين عليه) أي على الاصيل

قال (فان لزم بالمال الخ) اذا لزم التكفيل له أن يلزم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة التكفيل لانه هو (في) الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حسمه كان له أن يجسسه اذا كانت الكفالة بأمره وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء فقلنا هو موطر فعليه الخلاص فانما أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برئ التكفيل لانه أبرأ الاصيل وبراء الاصيل يستلزم ابراء التكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالبراء فلم تبقى المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على التكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علمها

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

وقوله في الصحيح احسن اذن قول بعض المشايخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الاصيل لا توجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعمل بأن الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء أو الابرأ فبسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منعوض عما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا تنقض في ذلك فاننا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي اذ لا محال عليه ولم نقل بأن براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه (٤١١) (وان أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل) لان على الكفيل المطالبة دون أصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز

في الصحيح (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدون جازر (وكذا اذا أخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخير عن الذي عليه الاصل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحقه الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا فبخلافه

(في الصحيح) خلافا لما ذكر ان الدين في ذمة الكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس الا في ذمة الاصيل قائل بأن براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل أو موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد دين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا فبعضهم يعودو بعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا أبرأ صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا قريبا ولو كان ابراء الاصيل أو هيبته أو التصديق عليه بعدم موته فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كالأبرأ هم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالابراء (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدون) أي بدون المطالبة على تأويل الطالب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل ببراءته (وكذا اذا أخر عن الاصيل فهو تأخير عن كفيه ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخير عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد) فان قيل ابراء المؤبد لا يرتد برده الكفيل والموقت يرتد برده وبرد الاصيل يرتدان كلاهما والجواب ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ما ذكر في الذخيرة ان ابراء المؤبد اسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي السقاط كاسقاط الخيار وأما ابراء الموقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط ألا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا فاعلم يقبل الكفيل التأخير أو الاصيل فالحال حال يطالبان به الحال وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلا الى شهر) مثلا (فانه يتأجل عن الاصيل) الى شهر (لانه) أي المكفول له (لاحقه له حال الكفالة الا في الدين) فليس اذ ذلك حتى يقبل التأجيل سواء (فكان الاجل) الذي يشترطه الكفيل (داخلا فيه) فبالضرورة يتأجل عن الاصيل (أما ههنا) وهو ما اذا كانت الكفالة بابتة قبل التأجيل (فبخلافه)

من يقول بجواز بين قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكره ان ابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا عليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار وأما ابراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما اذا كفل) يجوز أن يكون جواب دخل تقريره لا نسلم ان التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لا يصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تنبت بعد تعين تأخيرها واذا كان تأخيرا لا يصل الدين وهو في ذمة الاصيل تأخير عنه وعن الكفيل جميعا (أما ههنا) أي فيما اذا حل بعد الكفالة فانما كان لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين

قال (فان صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين بحسنه على اربعة اوجه هو ان يشترط براءتهما جميعا وبراءة المطلوب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أو لم يشترط شي من ذلك ففي الأول والثاني برئان جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بمحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل (٤١٣) على الاصيل بما أدى ان كان الصلح والكفالة بأمره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب

فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئان جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئان جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى لانه أوفى هذا القدر بأمره وان قال صالحتك عما أستوجب بالكفالة كان فسحنا بالكفالة لاسقاط الاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ومصالحته اياه بخلاف الجنس عليك لاصل الدين

لانهما تقر رحمة الله به لالتأجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة) ان شرط براءتهما جميعا عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئان جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بأمره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صلحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بألف وان لم يشترط براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسئلة الكتاب (برئان جميعا) عن خمسمائة (لانه) أي الكفيل (أضاف الصلح الى الالف الدين وهو) أي الدين (على الاصيل) فيبرأ الاصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي أوفاهما ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صلح بجنس آخر لانه) أي الصلح بجنس آخر (مبادلة فبذلك) أي الدين (فيرجع بجميع الالف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صلح بها لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بحسنه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الرابا ولا يمكن تملكها من الكفيل لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحها الصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة لا لكفيل كما لو صلح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التملك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التملك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الرابا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فتسقط عنهم ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفلا بأمره (ولو كان صلحه عما أستوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل) لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منهما من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المسوط لو صلحه على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقي يرجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسليمه لان ابراء الكفيل فسح لكفالة (قوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا) بأمر المكنول عنه (قد برئت الى من المال يرجع الكفيل على المكنول عنه) بجميع الدين لان لفظه الى لانتهاء الغاية والمكالم وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد ان يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدأ وهما من الكفيل ومنتهى صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل كانه قال

براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صلح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه باقيا في الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفلا بأمره كما ذكرنا قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالبراءة احدها ما ذكره ابتداء البراءة من المطلوب وانتهى الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداءها من الطالب والثالثة بالعكس

(قوله ان كان الصلح والكفالة بأمره) أقول لو جوب كون الصلح بأمره تأمل

فلاولى ان يقول المكفيل ضمن له بأمره ما لا قد برئت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراءة التي يكون ابتداءها من المطلوب أى الكفيل وانتهأؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فكان بمنزلة أن يقول دفعت الى المال أو قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لب الدين أن يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالبراء والثانية أدناها ما ثبتت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر ونوجهه أن يقال تقبلا بمحصل البراءة بأى الامرين كان وشككنا فى الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء يرجع الكفيل وان كانت بالبراء يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت الى لانه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب فلهذا كره حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قت وقعت (٤١٣) مثلا وهو فيما نحن فيه الا بناء لانه يضع

المال بين يدي الطالب ويحلى بينه وبين المال فتمنع البراءة وان لم يوجد من الطالب صانع فأما البراءة بالبراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا تخالفة وقيل أبو حنيفة مع أى يوسف رحمه الله في هذه المسئلة وكأن المصنف اختاره فأخبره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير اليه أولى وقيل فى جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المحمل وأما اذا كان غائبا فلا استدلال على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين أحدهما هو ان الحمل لا يمكن العمل به الا ببيان المحمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل به ممكن

معناه بما ضمن له بأمره لان البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهأؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثانى لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والبراءة فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب واليه الايفاء دون البراءة وقيل فى جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المحمل

دفعت الى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفيل بأمره والحوالة كالكفالة فى هذا وهنالك مسائل أحدها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان يأخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض عند أى يوسف كقوله برئت الى وعند محمد كقوله أبرأتك ابتداء لادنى وهو براءة الكفيل اذ فى الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالبراءة لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الأبراء وأبو يوسف يقول هو مثل برئت الى لانه اقرار ببراءة ابتداءها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قت وقعت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء بخلاف البراءة بالبراءة فانه لا يتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة الى الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتأخرون فيما اذا قال المدعى عليه أبرأتى المدعى من الدعوى التي يدعى على منهم من قال هو اقرار بالمال كما لو قال أبرأتى من هذا المال الذى ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون بحق وبباطل ولو قال الكفيل أنت فى حل من المال فهو كقوله أبرأتك لان لنظرة الحل تستعمل فى البراءة

والثانى ان حكم الحمل التوقف قبل البيان وهنالك اتفقوا على العمل فى الوجه الاول والثانى بالاثبات والنفي فكيف يكون مجمل مع انتفاء لازمه وأجيب بأن قوله برئت الى وان كان بمنزلة الصريح فى حق ايفاء للكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال ولكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت الى لاني أبرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكره فى تعليل الوجه الثلاثة استدلالا بصريح فى الايفاء وغير الايفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب فى ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحاً فى دلالة على المراد وكونه غير صريح فى الايفاء والبراءة الذى سوغ استعمال لفظ المحمل والرجوع الى بيان الطالب صريحاً وحاقه حضوره ليكون العمل به عملاً بدليلاً لاشبهه فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمحمل المحمل الاصطلاحي وان كان المراد به المحمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام فالحط اذا همون هو

قال المصنف (لانه براءة لا تنتهى الى غيره) أقول الضمير فى قوله لانه راجع الى ما فى ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهى

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) فعلق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاء غدا فأت برى من الكفالة لا يجوز لأنهم ليست بأسقاط محض لمافيه من معنى التملك كافي سائر البراءات والتعلق انما يصح في الاسقاط المحض وردت بالوكفل بالمال وبالنفوس وقال ان وافيتك به غدا فأنا برى من المال فوافاه من الغد فهو برى من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال عوافاه المذكور به والمسئلة في الايضاح و يروى أنه يصح لأنهم اسقاط محض كالطلاق لان على التكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد البراءة عن التكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله إذا جاء غدا ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فأما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فعلق البراءة فيه صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فان الطالب له فيه نفع لمافيه من ابراء به وض استيفاء به وض ومثله متعامل ألا ترى ان صاحب الدين اذا قال عمل خسمائة على أنى أبرأتك من الباقي كان صحيحاً وان علق البراءة على البعض بتجمل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية (٤١٤) الجواز على ما يقابله قال (وكل حق لا يمكن استيفاءه من التكفيل لا تصح

الكفالة به الخ) ذكر ضابطاً لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان إمكان الضرب أو حرق الرقبة ليس بمنتهى الاحتمال لكنه لا يصح شرعاً وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فإذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الاجاب عليه وهو متعذر اذا الوجوب عليه اما أن يكون اصاله والفرض خلافه أو نيابة وهي لا تجرى في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما أن يكون

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لمافيه من معنى التملك كافي سائر البراءات و يروى أنه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطاً محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن التكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل قال (وكل حق لا يمكن استيفاءه من التكفيل لا تصح الكفالة به كالحدد والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجرى فيها النيابة قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لانه دين كسائر الديون كالإبراء دون البراءة بالقبض قالوا في شروح الجامع الصغیر هذا اذا كان الطالب غائباً فاما اذا كان حاضراً يرجع اليه في البيان انه قبض أو لم يقبض لان الاصل في الاجال ان يرجع فيه الى المجهل في البيان والمراد من المجهل هنا ما يحتاج الى تأمل ويحتمل المجاز وان كان بعيداً كما يحتمل قوله برئت الى معنى لاني أبرأتك لا حقيقة المجهل يعني يرجع اليه اذا كان حاضراً لزالة الاحتمالات خصوصاً ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الإبراء (قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أي بالشرط المتعارف مثل ان عملت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل بشكل بما اذا قال التكفيل بالمال على أنى ان وافيتك به غدا فأنا برى من المال فوافاه برى من المال لان هذا شرط ملأه على انه لا وروده لان الفرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد أحدهما (و يروى أنه يجوز) وهو أوجه لان المنع لمعنى التملك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما التكفيل فالمتحقق عليه المطالبة (فسكان) ابرأوه (اسقاطاً محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من التكفيل بخلاف الاصيل) لا يصح تعليقه لان فيه معنى تملك المال وقوله (وكل حق لا يمكن استيفاءه من التكفيل لا تصح الكفالة به ك) نفس (الحدود) نفس (القصاص) اذا يقتل

التكفيل

الاجابة بان لا يعود الى مثل ما فعل أو غيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتشككين

يعودون الى الجنابة وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب وهذا في الحدود وما في القصاص فالاول منتهى قطع العدم تصويره بعد الموت أصلاً لا محالة والثاني كافي الحدود ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع أولى فانه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيداً لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمه الاولية الى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالبيع والمروءة والى ما هو مضمون بنفسه كالبيع بغيره فاسد والمقبوض على سوم الشراء والمقصود والكفالة بها كلها اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها

(قوله فان كان الاول) أقول ويجوز أن يعكس فيتبين بطلان الاول بما ذكره في وجهه بطلان الثاني وبالعكس بل هذا أظهر (قوله فقد لا يحصل المقصود) أقول تأمل فان عدم الحصول نادر لا يضربنا

فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضمونا بالغير ونصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل لشترى ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها أمانة وتجوز في المبيع بغيره فاسد او المقبوض على سوم الشراء والمقبوض ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها أعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك أن يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمتها عند الهلاك فهو مضمون بغيره كالحمل ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على أصله ان موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الدين دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك بتصور في الدين دون الاعيان وقتلنا بناء على أصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا تحالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانقضى العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن (٤١٥) صار مستوفيا للدين ولا يلزمه

مطالبته فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني أعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن من الدين جاز وذكروا في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل مجمل اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن وان هلك

(وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالبيع بغيره فاسد والمقبوض على سوم الشراء والمقبوض لا بما كان مضمونا بغيره كالبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز

الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعي) اعلم أن الاعيان اما مضمونة على الاصيل أو غير مضمونة بغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصح التكفل بتسليمها وكذلك الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كذا كرناوه تي هلك فلا شيء على الكفيل وفائدة حديثنا ان الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكره شمس الأئمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما أوردها ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه

الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان عقدا رهن الدين أو زائدا عليه والزيادة عليه من ماله كان أمانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان أمانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كمالا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمتأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر كن استأجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلك فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازها وأظنه تابع شمس الأئمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة فويل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاخترها

(قوله وما لم يجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليمنا فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قبل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو البكاكي

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلنا (قوله ومن استأجر دابة للعمل) اعلم ان من استأجر دابة (٤١٦) معينة للعمل فكفل بتسليمها رجل محض لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للعمل فكفل

لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للعمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالجل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها حازت الكفالة) لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والجل هو المستحق (وكذا من استأجر عبد الخدمة فكفل له رجل بخدمة فهو باطل لما بينا

عندى أن لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية ومأمورهما من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخليص بينه وبينها لاردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يحصلها ويخلى بينه وبينها بعد احضارها اليها ونحن نعرف وجوب الرد ما هو اعظم من هذا ومن حمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بعافاسا وادوا المقبوض على سوم الشراء فصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبد في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كفيل بنفسه وبالعبد قات العبد في يد المظلوب وأقام المدعي البيعة ان العبد عبده بقضى القاضي بقبضته على المظلوب وان شاء على الكفيل لان البيعة ظهرت ان العبد كان مغصوبا او الكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين كأن الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لانه كاره الزيادة كالاصيل أعنى الغاصب فان أقر الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتين ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتين ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دين مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الرهن المرهون من المرتين على أن أعطاء كفيل له ففلك عند الرهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتين على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الرهن أخذ به رضا المرتين جاز ضمان الكفيل وأخذه لان الرهن ضامن مالية العين هنا ألا ترى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتين فيكون هذا عتلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضوعين وقد مرنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لشيء على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لان الاجارة تنفسخ به وخرج الاصيل من أن يكون مطا ابا بتسليم العين وانما وجب رد الاجارة والكفيل ما كفل الاجر (قوله ومن استأجر دابة للعمل فان كانت بعينها) أي آجره أن يحمله على هذه الدابة (لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل) الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها (وان كانت بغير عينها حازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والجل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (ووزانه من استأجر عبد الخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من انه عاجز عنه اذ لا ملك للعبد أ مالو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لشيء على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الحمل على العين وغير العين بأن الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالجل كفالته بما يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاءه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بأن الواجب ان كان ليس الاتسليم الدابة المعينة بسبب أن تحمله الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أي

رجل بالجل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالجل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للعمل فكفل بالجل لم يصح قال المصنف (لانه) أي الكفيل (عاجز عنه) أي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحته لما صححت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا بالشافعي رحمه الله وهو قوله تسامى ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحته فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به

(قوله وما ذكر في الايضاح) أقول قوله وما ذكر مبتدأ خبره يجي وبعد سطرين وهو قوله غير دافع

الخ (قوله لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة الخ) أقول لعل المراد من قوله متصور في الجملة أن التسليم متصور اما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك في الحمل على دابة معينة فليتامل

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس الخ) لاتصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف وأبو القاسم قال آخر يجوز اذا أجاز حين بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قبل أي نسخ كفالة المبسوط وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أو يزيد في آخره وذكر في الأيضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الأصل في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لأبي يوسف رحمه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الاجازة فيها أنه تصرف (٤١٧) التزام وهو ظاهر وكل ما عو كذلك

يستتبعه الالتزام بالقرار والنذر فهذا يستتبعه الالتزام ومنع كونه التزاما فقط وبأن الأقرار أخبار عن واجب سابق والأخبار يتم بالخبر والنذر من العبادات ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفصول في النكاح وهو وان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيه - وقف على ما رواه المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على أحد ومنع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة اذا صححت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهم أن في عقد الكفالة معنى التملك لان فيه تملك المطالبة من الطالب فلا يثبت بعد الايجاب الا بقبول

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله آخر يجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا لانه تصرف الالتزام فيستتبعه الالتزام وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفصول في النكاح ولهم أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهم ما جميعا والوجود شرطه فلا يتوقف على ما رواه المجلس (الا في مسألة واحدة)

دابة كانت اذا لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا يجوز الكفالة فيه أيضا لان الحمل أيضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل أنه ان كان الحمل على الدابة تسليها فينبغي ان تصح الكفالة فيه - لان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل يبغي ان لا تصح فيه - لان التملك غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها في معينة لا يقدر على الاذن في تحميلها اذ ليست له ولاية عليها ليصح اذنه الذي هو معنى في الحمل وفي غير معينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله) ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ (أي نسخ كفالة الاصل عن أبي يوسف) (الاجازة) بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل أن عنه رايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية النفاذ (أنه التزام فيستتبعه الالتزام) ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا لانه مختار في المطالبة لا ملزم فان رأى مطالبة طالبه والا وأحال المصنف وجه التوقف على ما ذكره في الفصول في النكاح وهو ان شرط العقد يتوقف حتى اذا عقد فوضولي لامرأة على آخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بأن خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطبه فضولي آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (ولهم ان فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهم ما جميعا والوجود) من الموجب وحده (شرط العقد فلا يتوقف على ما رواه المجلس) وهذا يقتضي انه لو تم عقد بقبول فضولي آخر يتوقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل يتوقف بالاجماع وحينئذ قوله في وضع المسئلة لاتصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل في المجلس ان كان حاضرا فتنفذ أو يقبل عنه فضولي آخر ان كان غائبا فتتوقف الى اجازته أورده (الا في مسألة واحدة) استثناء من قوله لاتصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان هذه

(٥٣ - فتح القدير خامس) والموجود شرط العقد فلا يتوقف على ما رواه المجلس وعلى هذا الوجه عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شرطه قال (الا في مسألة واحدة الخ) استثناء من قوله لاتصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا يصح ذلك عندهما الا في مسألة واحدة استثناء

(قوله لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد) أقول أي من محمد فلا يرده شيء تأمل (قوله فالوجود في بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله) في بعض مواضع نسخ المبسوط (أقول فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من البين والامر حين) (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول مستند بأنه عقد تبرع كالهبه والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبأن الأقرار الخ) أقول في العطف تأمل

والقياس عدمهما الماهر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبي لم يصح فكذا المريض ولا استحسان وجهان أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكأنه قال أو ف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصح المعنى الوصية وإذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطاً في كلام المصنف تسامحاً لأنه في معنى الوصية لأنه وصية من كل وجه لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال (٤١٨) لأن ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما

وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفيل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لزمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهر في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه

المسألة صححت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه (وهي أن يقول المريض) المديون (لوارثه) تكفل عني بما علي من الدين فكفيل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فإنه يصح استحساناً فلا غرماء مطالبة به وذكر للاستحسان وجهين أحدهما أن قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية إذا لو كانت حقيقة الوصية لم يفتقر الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة وإذا كان معنى الوصية فكأنه إنما قال لهم اقضوا ديني فقالوا نعم إذا قالوا تكفلنا بما فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بدونه ولو كان حقيقة الكفالة لا تؤخذوا بها حيث تكفلوا ثانياً مما ذكر في المبسوط والإيضاح أن حق الغرماء يتعلق بتركتهم في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فنزل نائباً عن الغرماء المكفول لهم عاملاً لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه فإن قيل غاية الأمر أن يكون كالتطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فإن الصادر منه حينئذ بقوله تكفل ولو قال تكفل لي بما علي فلان فقال كفلت لا يتم لأن يقول بعد ذلك قبلت أو نحو كالببيع إذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول إلا أمر قبلت أجب المصنف بقوله (أنما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لأنه) أي لأن قوله تكفلت (لإرادته المساومة) وإنما احتج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهذا لإرادته إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة فإن حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده إلى تحقيق الكفالة تخليص نفسه لأعلى المساومة بها (فصار) الأمر هنا (كالامر بالنكاح) فيما لو قال زوجي بنتك فقال زوجته كما انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجرى فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لأجنبي) فضمن (اختلاف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الأجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لأجنبي أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الأجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو الوجه وما في المبسوط

أدال لفظ بظاهره على معنى وإذا نظر في معناه يؤل إلى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه أي إلى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عني أبدي لي فإن قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا أجب المصنف بقوله (وأنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة للمساومة نظراً إلى ظاهر حاله التي هو

عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولهما من زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستئناء وتشميله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا مسلمين في هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ) إذا قال المريض لأجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ

(قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعدما كفل الوارث بل يكفي أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ولا أدري كيف يذهب إلى ما ذكره وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا يخفى

فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام كان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومنهم من صحه لان المريض قصده النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع في تركه فيصح هـ هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضييق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فترك كراهه على القياس أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذا مات الرجل وعليه دينون الخ) اذا مات المدينون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه دينه انسان وارثا كان أو اجنبيا لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهي صحيحة وهو قول الاثمة الثلاثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هـ اذا شأناهم افهى صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة واتفاقنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه ديننا صحه هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا أو لا آخره لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لانه وجب (٤١٩) لحق الطالب بالاخلاف وما وجب لاجنبي في

الابرا من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوحوب والمفروض عدم ذلك كانه دعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لم ساحل اصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل أو له مال فان الدين باق بالاتفاق فسدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت وما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد لمن اشترى بفلس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل

قال (واذا مات الرجل وعليه دينون ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالنا تصح) لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهـ ذابقي في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبيى اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفـ عمل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب

من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم بين الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبني على غير الوجه الاربع وهو انما كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضرب في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكاه هذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه دينون ولم يترك شيئا) بل مات مفلسا (فتكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد) والاثمة الثلاثة وأكثراهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) اعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجندة أنصارى فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أوديناران فقال صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة وقال هما على فصرى صلى الله عليه وسلم عليه فلزم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت (لانه) أي الدين (وجب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء والابراء وانقضاء سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على بقاءه كونه يطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولاي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطلقا والكفالة من أحكام الدنيا لا نهى أن يأتى بها في الآخرة فلا يصح ولا يوجب ودلادين كذلك و (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)

العقد قبل ذلك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في أحكام الدنيا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضى القدرة والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفاء ما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب

(قوله فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته الخ) أقول بخلاف الوارث اذا كان فانه مطالب بعدم موت المكفول عنه لاتقال ما يملكه اليه وتعلق حق الطالب بتركه الحاصل أن الوارث اذا كان مطالباً بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركه وكون الوارث أقرب الناس اليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة بخلاف الاجنبي لانه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلا فمالم يتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافتقرا ولقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالباً بدينه في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا يجوز كفالته فاذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الاجنبي وهي سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل (قوله والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول فيه شيء

يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق منكم على أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للأمر به وان قلت فقد يقال المال واجب أوجب المصنف بقوله (لكنه) أي الدين (في الحكم مال) لأن تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس بالابتكالية طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لأن الاداء الموصوف به يؤل إليه في المال فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فانهم اتصحو وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صاحبة لوجوب الحق عليها صنعت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تنق أهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى أن المصنف ذكر دليل على حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه الى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط وسيد ذكر السند بقوله فان الذين (٤٣٠) هو الفاعل كان أحذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه

لهذه النكتة واستغن عن اعادة ما فيها ونظيره فيما سأتى (قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالوا ولو تبرع به انسان صحيح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على ألف درهم وأنا كفيل به صحت الكفالة وعليه أدائه وان لم يوجد الدين أصلا ولا بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفسدا ببقائه في حق البايع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد يبطل في حق المشتري فلذلك انتقض

لكنه في الحكم مال لأنه يؤل اليه في المال وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كتميل أوله مال فخلفه أو الافضاء الى الاداء باق والموصوف بالاحكام الافعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل السكأن قبل سقوطه فقط في احكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الاضافة أي التبرع بالدين وهو الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من الميكفول له والاصيل لانه التزام ماعلى الاصيل للميكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعدم موته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت الملى وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلام من انشأها والاخبار بهما على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل الوجود بهما وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه لينظر طريق ابقائه ما لا يقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها وبالافراز بالكفالة به ما حصل المقصود فصلى عليه وفوض اثبات سقوط الدين بمسائل أحدها لو مات المشتري مفسدا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع به لالك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين فانما هو أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله اذا مات مفسدا ولو سقط في احكام الدنيا لم تبقى الكفالة فانها لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعدم موته مفسدا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة بمعنى لا يوجد بطلان الدين في حال الحياة كالعبد المحجور اذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صحيح وان كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت أوجب عن الاول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من التبرع والكفالة فتعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط به هذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتم قدر الضرورة وعن الثاني بأن كساد النول يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا يبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتأخر المطالبة

العقد (قوله واذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل أوله مال وبيانه ان القدر شرط الحق الفعل اما بنفس القادر أو بخلفه واذا كان به كفيل أوله مال فان اتنى القادر خلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله أو الافضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء (الى الاداء) بوجودهما (باق) بخلاف ما اذا عدم ما يجوز أن يكون في الكلام ألف ونشر ونفسد بخلفه وهو الوكيل أو الافضاء الى ما يفضى الى الاداء وهو المال باق (قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ) أقول من انه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت الذات بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم هـ ذما ذكره في التقرير في قبيل باب صفة الحسن للأمر به في كذا مساهلة (قوله ولو أخرجه الى سبيل الممانعة الخ) أقول أنت خير بأن منع المقدسة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدد ذلك فان قوله وجب الحق الطالب الخ اشارة الى دليل الثبوت فليتامل (قوله وسيد ذكر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

وعلى هذا يشترط في القدرة ما نفس القادر أو خلفه أو ما يفيض الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذا الافضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه
وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كافي قوله

نحن بما عندنا وأنت بما * عندك راض والرأي مختلف

وبمعناه كل واحد من الكفيل والمالك خلف لميت لان رجاء الاداء منهم باق فان الخلف ما به يحصل كفاية أمر الاصل عند عدمه وهما
كذلك فكما نأخلفين وفيه ما ترى من التكاف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدلال الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم
فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روى انه عليه الصلاة والسلام أتى بجنارزة أنصاري يصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل على
صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أود ديناران فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام على أو أبو قتادة رضي الله عنهما على
اختلاف الروايتين وقال هما على يأر رسول الله صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه
بعدها كما امتنع قباهما فاذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام
في كسب الميت المفلس هل هو زعيم أو لا وما حديث الانصاري فانه يحتمل أن يكون ذلك من على أو أبي قتادة اقرارا بكفالة سابقة
فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما - ماسواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجواز بدليل ما روى أنه
عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلي ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيت ما فقال الآن (٤٣) بردت عليه جدرته ولم يجبره على الاداء

ولو كان كفاية لأجبره على ذلك والحق ان من قال بأن الكفالة تهم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضمن اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال (ومن كفّل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء) أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الالف) التي كفّل بها (قبل أن يعطيه) أي قبل أن يعطى الكفيل الالف (صاحب المال) وذ كرضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به الا لزم من قوله كفّل عن رجل وصاحب المال فمفعول أول يعطى والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه (فليس له) أي ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجهه للشافعي وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يرض الاصيل ونحن نبين أنه يملكه وان الأمانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين الاذين ذكرهما المصنف (لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال) الحقا بالزكاة المحجولة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يستمر الحال والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال (و الوجه الثاني) (أنه) أي القابض (ملكه بالقبض على ما ذكر) يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب

قال (ومن كفّل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء الالف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كن عمل زكاته ودفعها الى الساعي ولا نه ملكه بالقبض على ما ذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تعمض أمانة في يده

قضاء على وجه الاقتضاء بأن دفع المال اليه وقال اني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدي فقضيه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل لا كفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها أي في الالف المدفوع وأنشأ باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فإلما يطل هذا الاحتمال أداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا لئلا يكون سعي في نقض ما أوجبه وهذا كن عمل الزكاة ودفعها الى الساعي لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير كانه بعد الحول فإدام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره وان كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدي حق الطالب والمطلوب يطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تعمض في يده أمانة

قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ أقول لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل (قوله ولو كان كفاية لأجبره على ذلك) أقول في الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق الى قوله لعدم ما يضمن اليه) أقول اعلمهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الاصول لانهم يخرب قال المصنف (فليس له أن يرجع فيها) أقول الضمير المؤنث في فيها راجع الى الالف على تأويل الدراهم (قوله لأن الدفع اذا كان لغرض لا يجوز) أقول قال الاتقاني وهذا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شيء

فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء ويربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين امان يحصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل ومجلا وان كان الثاني فلا نه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه امكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهناً بهذا المال صح بمنزلة ما لو أخذ رهناً بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز حتى لو أداء الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام فاضيل والامام المحبوي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهراً والمساائل المستشهد بها ويمكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثلاً ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل آخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة بمنزلة الدين المؤجل ولهذا أي لكونه نازلاً من تزاته لو أبرأ الكفيل (٤٢٢) المطلوب قبل أدائه صح وكذا اذا أخذ رهناً أو وهبه منه والى هذا ذهب

(وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه آخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل بمنزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا اذا قبضه بملكه الا ان فيه نوع خبث يبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله (لانه ملكه حين قبضه) أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا الوقضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل وانما حكمنا بنسب ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه (لانه) أي الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الاصيل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (الا) أي لكن (آخرت المطالبة الكفيل الى أدائه فنزل) ما للكفيل على الاصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عمل المدينون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أي والدليل أن الكفيل حق المطالبة متأخراً أنه (لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه) أي قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا أدى وجاز أخذ الكفيل من الاصيل رهناً بقبل أدائه (فكذا اذا قبضه بملكه) يعني اذا كان بحيث يصح الابرأ منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له (الا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبي حنيفة (بنيته) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين) وهو الالف التي قضاها باها لان

بعض الشارحين وجعل ضميره عليه للمكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله أي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثلاً ما وجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمسك ما ترى من تنزيل المطالبة بمنزلة الدين المؤجل وتلك ما قبض بمجرد ماله من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب أن يكون توجيهه

الدرهم

كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب

للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة لا كفيل على الاصيل الا أن المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلاً ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فنامعنى قوله فنزل بمنزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل بمنزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه بمجلا ملكه فكذا هنا هذا ما سخرى والله أعلم بالصواب الا ان فيه أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة يبينه في مسألة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

(قوله والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول اذا لم يكن مانع كافى مسئلة الكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول كافى شرح الاتقانى

وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد وما إذا قضاه الكفيل فلا خيب فيه أصلا في قولهم جميعا وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رجهما والله لا نرجع من أصل خيب وفي قول أبي يوسف يطيب لانخراج الضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة ورجح فانه على الاختلاف قال (ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان في حكم الربح فيما لا يتعين أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككبر من حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل أن يؤدي إلى الطاب وقصر في فها وربح فالربح له في القضاء لما بيناه أنه ملكه قال أبو حنيفة وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رجهما الله وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرد على الاصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رجهما الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له (٤٣٣) ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع

وهو دليله - ما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه بسلم الربح ووجه رواية كتاب الكفالة أنه يمكن الخيب مع الملك لأحد الوجهين أما لا الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكبر بنفسه وإن كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين أن يقبض وأن لا يقبض ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خيبا فإذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخيب وأما لأنه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتباره قضاءه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخيب وهذا الخيب أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أول الكلام وتقرر به يمكن

وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم) لما بيناه أنه ملكه (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه الكبر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة رجهما الله في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله هو له ولا يرد على الذي قضاه وهو رواية عنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه في سلم له وله أنه تمكن الخيب مع الملك أما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أولا لأنه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخيب يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرد عليه في رواية لان الخيب لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لأجل أن الحق له

الدراهم لا يتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة) فدفعه الاصيل إلى الكفيل والباقي بحاله (فالربح له) أي الكفيل (لما بيناه أنه ملكه) أي ملك الكبر وانما يتعين في ضمن بيان أنه ملك المقبوض (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه الكبر ولا يجب عليه وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شك أن ضمير قال لأبي حنيفة فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير إنما ذكره ليه دل نص بالخلاف بذكر قولهم ما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقال هو له لا يرد عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الاصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (أنه يتصدق به) وهي رواية كتاب الكفالة منه (لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الاصيل الخ (فيسلم له ولا يخيبة أنه تمكن الخيب مع الملك) لفصوم ملكه بسبب أن الاصيل (بسبيل من استرداده بأن يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أولاه) انما (رضى به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطف بالواو فانه سما وجهان لأن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخيبة وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه الأعلى ذلك التقدير وهو متنفذ (وهذا الخيب يعمل فيما يتعين) وهو الكبر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا (فيكون سبيله التصديق في رواية ويرد عليه في رواية) أخرى (وهي الأصح لان الخيب لحق الاصيل) لالحق الشرح فيرده اليه ليصل إلى حقه (لان الحق له) وهذا يفيد أنه يطيب له فقيرا كان أو غنيا وفيه روايتان والأوجه طيبه له وان كان غنيا المذكر انما أن الحق له (الأنه استحباب لأجل) لان الملك للكفيل واعلم أنه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال

الخيب مع الملك وكل خيب تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذه الخيب يعمل في الكبر لأنه مما يتعين والخيب سبيله التصديق في تصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخيب لحقه أي الحق الذي قضاه فاذا رده اليه وصل الحق إلى مستحقه وهذا أصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لأجل أن كان فقيرا طاب له وان كان غنيا فحقه روايتان قال الامام فخر الاسلام والأشبه أن يطيب له لأنه انما رده عليه باعتبار أنه حقه هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند أبي يوسف رجهما الله يطيب

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعني ما تقدم بنصف صحيفه وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له (قوله وعند أبي يوسف يطيب) أقول مخالف لما في شرح الكنز الذي يلعب من أنه إذا دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فليطلب التفصيل ثم الآن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه فأمره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والالكاف المراجعة مكروهة والالزام الربح للكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله على فانه كلمة ضمان ولكنه فاسد لان الكفالة والضمان انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لا خربع متاعك في هذا السوق على ان كل وضعية وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك فانه غير صحيح

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه فأمره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للخل الذي هو مذموم بالخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل

أولا أحب الى أن يرد ولا يجب في الحكم أي في القضاء وإنما لكنه استحب لاجب يعني لا يجبره الحاكم على ذلك فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبره القاضى ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه بخلاف أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجهه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باءاء الاصيل ولكن تنهى كالأدى الكفيل بنفسه فكان المقبوض ملكا فاسدا من وجهه صحيحا من وجهه ولو كان فاسدا من كل وجه بأن اشترى مكبلا أو موزونا ملكا فاسدا أو ربح فيه يجب التصديق بالربح أو الرد على المالك لان الخبيث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب اذا أجز المغصوب ثم رده فان الاجر له بتصدق به أو رده على المغصوب منه فكذا في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصديق بالربح ولا رده فاذا فسد من وجهه وصح من وجهه يجب التصديق أو الرد على الاصيل عملا بالشبهة بقدر الامكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصديق به غير أنه ترجح الرد هذا كله اذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فصرف ورجع صار محمدا مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطالب له عند أبي يوسف لما عرف فحين غضب من انسان ما لا يرجع فيه بتصدق بالفضل في قواه لانه استفاد من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي يوسف مستدلا بحديث الخراج بالضممان (قوله ومن كفل عن رجل بألف عليه فأمره) أي فأمر الكفيل (الاصيل أن يتعين عليه حريرا) أي أن يشتري له حريرا بطريق العينة وهو أن يشتري له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشتري المدين فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل وانما وسطا الثاني تحريز عن شراء باع بأقل مما باع قبل فقد الثمن وأما نفسه بأن يستقرض فيأبى المقرض إلا أن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلاً في السوق باثني عشر فيفعل فيبيع البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب الى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله تعين على حريرا اذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤل أن يقرضه فاشترى منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشترى على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والمالك في الحرير الزيادة التي يخسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله على) كأنه أمره بالشراء لنفسه فاشترى فعلى وضمن الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد حتى لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلى أو قال لمشتري العبدان أبق عبدك هذا فعلى لا يصح

وأما وكالة فاسدة تنظر الى قوله تعين يعني اشترى حراما بعينه ثم بعته بالنقد بأقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين أي غير معلوم المقدار والثلث كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره (٤٣٥) فكيف يكون الثلث مجهولا أجاب بقوله الجهالة

ما زاد على الدين فانه داخل في الثلث واذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة على الدين عليه لأنه هو العاقد ومن الناس من صور العينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ناشأ في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المقرض ثمان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المقرض فتدفع حاجته وانما توسطنا بالاحترار عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثلث ومنهم من صور بعرض ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر وظهروا عليكم عدوكم وقبل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة يبلغ للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظهرة ثم اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فأين هو من يبيع العينة الصحيح المخفاف في كرامته ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فيكرهه والا فلا كراهة الاخذ بالاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون فيأبى المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشترى المدينون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل قط من الثلث والقرض غير واجب عليه دائم بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدين فمكره أو لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما لم ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والافضل بيع بيع العينة (قوله ومن كفيل عن رجل بعذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام رجل (بينه على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضي

وقيل هو توكيل فاسد ومعنى على منصرف الى الثلث فاذا كان الثلث عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كذا قال اشترى حنطة ولم بين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا أن الثلث معلوم بينه ما هو وقد مر ما يقع به الابقاء كان الحاصل اشترى حريرا يكون ثمنه الذي يبيعه به في السوق قدر الدين الذي علمناه وهو لا يبيع قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يبيع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذي يقع به الابقاء غير معلوم (وكيفما كان) توكيل فاسد اوضحه انما بالاطلاق (يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة) التي يخصرها (عليه لانه العاقد) ومن صور العينة أن يقرضه منه لائحة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر المقرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض الى أجل ثم يبيع متوسطا يشترى بنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف ثم يحيل المتوسط باثني عشر على البائع الاول بالثلث الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها الى المقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكره لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلتم وظهروا عليكم عدوكم والمراد بانبايع أذناب البقر الحارث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد

ونألف النفس الجين وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وجدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد درجة الله هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلتم وظهروا عليكم عدوكم أي اشتغلتم بالحرب عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة يبلغ للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظهرة ثم اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فأين هو من يبيع العينة الصحيح المخفاف في كرامته ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فيكرهه والا فلا كراهة الاخذ بالاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون فيأبى المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشترى المدينون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل قط من الثلث والقرض غير واجب عليه دائم بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدين فمكره أو لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما لم ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والافضل بيع بيع العينة (قوله ومن كفيل عن رجل بعذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام رجل (بينه على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضي

(٥٤ - فتح القدير خامس) فأقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل البينة حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به (قوله وهو مذموم الخ) أقول له وذلك تكمن الزراعة مذمومة أيضا (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فمعه شيء

وذلك لأن المال المكفول به إما مال مقضى به على الأصل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فإن معنى ذاب
تقرر والتقرر انما هو بالعضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما وإما مال يقضى به بجعل لفظ الماضي معنى المستقبل كقوله أطال
الله بقاءك فهو وإن كان ضعيعة إلا أن إرادته معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا بسكتة تتعلق بعلم البلاغة غير
مطابق لدعواه لا إطلاقاً وتفيد المكفول به حتى قيل إن ادعى على الكفيل إن قاضى ببلد كذا قضى له على الأصل بعد عقد الكفالة بألف
درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة إلى أن المكفول به مال مقضى أو
يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى الثأب يصح أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف
ما يدل على ذلك أصلاً كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لأن المكفول به إما مال مقضى ولم يدعه أو مال يقضى به ومع غيبة الأصل لا يصح
لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن أقام البينة أن له على فلان ألف درهم وإن هذا كفيل عنه
بأمره قضى به على الحاضر والغائب (٤٣٦) جميعاً وإن ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج إلى ثلاثة فروق
ذكر المصنف منها اثنين

(قوله فهو وإن كان ضعيفاً الخ) أقول لا يخفى عليك أن حكمه بالضعف لا يوافق المسئلة الآتية بعد سطرين ولعل تصديرها بصيغة التمرير يوضح إشارة إلى ذلك (قوله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك) أقول لو صح هذا لم يتم الجواب في المسئلة التي مرت آنفاً لمكان الشك (قوله وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك) أقول وليس فيه ما يأتى عنه (قوله أو مال يقضى به) أقول ولم يدعه أيضاً كما لا يخفى (قوله ومع غيبة الأصل لا يصح) أقول وليس في كلام المصنف ما يدل على ذلك أيضاً كما لا يخفى (قوله لا يكون

لأن المكفول به مال مقضى به وهو ذاب في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماضٍ أو يديه المستأنف كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفيل عنه بأمره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

هذه البينة ولا يقضى بها لأنه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم إذا الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصماً عنه لأنه إنما كفّل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لأنه وإن كان ماضياً فالمراد به المستقبل كقوله أطال الله بقاءك وهذا لأنه جعل الذوب شرطاً والشرط لا بد من كونه مستقبلاً على خطر الوجود فإما يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تنشأ بهذا قضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلاً إلا عن الغائب بل على أجني إذ لا ينتصب خصماً (وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الأخرى) وهي لفظة ذاب (لأن معنى ذاب تقرر) وجب (وهو بالقضاء) بعد الكفالة حتى لو ادعى أني قدمت الغائب إلى قاضي كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلاً وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصماً عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره إلا أنه إذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقدمت من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن عن مائة أو دابته أو أقرضه فغاب المطلب فبرهن الطالب على الكفيل أنه كفّل به وقد دابته أو أقرضه بعده ووجد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بالأخلاف لأن الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به إلا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصماً عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة صورتهما في الجامع وقال يعقوب ومحمد رجهما الله إذا كفّل عن رجل بمال مؤجل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفّل له بأمر فلان عن فلان فإني أقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فإن كانت الكفالة بغير أمر

قضاء على الغائب الخ) أقول قال المحشى الشهير يعقوب باشا فيه إن القضاء على الغائب صحيح في مثل هذه المسئلة قال في الفصول العبادية إذا ادعى رجل أنه كفّل من فلان بمال ذوب له عليه فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان كذا فإنه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى أنكاره انتهى ونحن نقول يمكن أن يجاب عنه بأن يقال إن الكفيل يكون هناك خصماً بالجوهر لا بالحق فيه وبأن هذا الجواب ما ذكره العلامة الكاكي في شرحه حيث قال لأنه كفّل بمال ذوب له على الأصل بعد الكفالة فإما يصير المال مقضياً به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلاً فلا يكون خصماً ولا يمكن القضاء على الأصل بهذه البينة حال غيبته لأنه لا يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا وأجدو يصح عند الشافعي ومالك ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه إلى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الأصل كما شرط في عقد الكفالة ألا يرى أنه لو أقر الكفيل على الأصل بمال الطالب لا يلزمه إذا حضر الأصل وإذا حضر الأصل ومضى عليه فينشذ بزم الكفيل الخ

أحدهما ان البيئة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للدعى به فصحت وقبلت البيئة لأبناهم على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدق فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه أى بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شئ لم يلزمه شئ من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شئ لم يلتفت اليه والثانى الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز مكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهم ما يتغيرون لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعوضة انتهاء بغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كانا كذلك فهو ما غير ان لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر لأن الحكم انما يقضى بالسبب الذى يدعيه المدعى ألا ترى أنه لو ادعى المالك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو المالك فاذا ادعى المدعى الكفالة بالأمر (٤٣٧) وقضى بالكفالة بالأمر بمينة ثبت أمره بحجة كاملة والأمر بالكفالة

يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب به وذلك لا يحتاج الى اقامة البيئة عليه واذا ادعاها بغير أمره فانها لاتمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أى الشأن ان صحة الكفالة بغير أمر تعتمد قسام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال فلان على فلان ألف درهم وأتابه كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شئ فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا أبهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر وأقام على

وانما قبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالأمر وعدمه لانهم ما يتغيرون لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعوضة انتهاء بغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لاتمس جانبه لانه تعتمد صحته اقيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا

الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل يخصم عن الغائب انتهى يعنى فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قوله ما بالذكر لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلاف (وانما قبلت) هذه البيئة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعى مطلقة أيضا فصحت فقبلت البيئة لانها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعى ولا البيئة (وانما اختلف) القضاء (بالأمر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما في الأمر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البيئة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذا لم يكن أمر فلا يرجع (لانهم) أى الكفالة بالأمر وبغير الأمر (يتغيرون لان الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعوضة انتهاء وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالآخر) وهو المعوضة لينتبه الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أى بالبيئة (بالأمر ثبت أمره) أى أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بأن عليه لأدنى له دينا (فيصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فانها (لاتمس جانبه) أى جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (انما تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر) حيث ثبت الأمر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره) وهو الاصيل (و نحن نقول) قد (صار) الكفيل في انكاره الدين على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام

ذلك بيئة ان له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذ لم يمكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت معلوم يمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعروف بذاته واذا كانت مجهول لا تصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فأثبتته المدعى وسيأتى تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بأمر) يجوز ان يكون فرقا آخر بين ما اذا أقام البيئة على الكفالة بأمر وبين ما اذا أقام عليها بغيره فان الشايت بالبيئة كالإثبات عيانا ولو ثبتت الكفالة بالأمر عيانا رجع الكفيل بما أدى على الاصيل فكذلك اذا ثبتت بالبيئة وقال زفر لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعمه ان الطالب ظلمه والمطلوم لا يظلم غيره وقتل المكفول قضى للقاضي عليه صار مكذبا شرعا

فبطل ما زعمه من اشترى شيئا وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورده عليه به يعيب بالبينة بعد ما انكر العيب به ثم أراد ان يردّه على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد ودرجه الله (٤٣٨) خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي الما قاضي عليه

بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بأنه انما لم يكن له أن يردّه على بائعه لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترا قال (ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على مامر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما أن تكون مشروطة في البيع أولا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك ثبت بالشرط كفالة والشرط يزيد وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سمي في نقض ماتم من

فبطل ما زعمه قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسمى في نقض ماتم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع

البينة بخلافه (فبطل زعمه) فثبت حكم الكفالة بالامر وهذا من اشترى عبدا واعترف بأنه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بأن البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورده عليه يعيب بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يردّه على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة اجيب بأنه انما لا يرد لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة أوجه فقال اما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم وكل وجه على وجهين اما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شيء واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الكفيل والاصيل ثم يسبرأ الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على المدعي عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كن قذرف جلا فادعى المقدوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المقدوف عليه بينة أنه كان عبد فلان وأنه أعتقه قضى بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب وبثت القضاء عليه وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك ان أعتقه مولاه فاعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب وهذا كله استحسان استحسنه علماء ناصية الحقوق (قوله ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صح رجوع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد أيضا (فالكفالة ان كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط أن يكفل له (فتمام البيع بقبوله) أي بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسمى في نقض ماتم به) ولهذا يبطل شفيعته لو كان الكفيل شفيعا (وان لم يكن) أي عقد الكفالة (مشروطا فيه فالمراد به أحكام البيع

جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفيعته وبطلان السعي في نقض ماتم من جهته من مسلمة هذا الف لا يقبل التشكيك بالا فالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعي في نقض ماتم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والا فالة ليست كذلك فهي فسح لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع

(قوله وبطلان السعي في نقض ماتم الخ) أقول فيه تأمل

وترغب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكين القلب به فصار كأنه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانهم املك البائع فان أدركت ذلك فأنا ضمن وذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال فنزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملازمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع نارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقرارا بأنه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار (٤٣٩) بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان

وترغب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو ملكه أو بيعا باننا فذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهم ما يصير كل واحد منهم ماضيا من نفسه

الشهادة على البيع لا تكون تسليما محمول على ما ذالم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع أو جرى البيع بمشهدى وأما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو ملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الآن يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ

فصل في الضمان (ومن باع لرجل ثوبا بالخ) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان

وترغب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكين القلب به (في نزل) عقد الكفالة (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغير اقراره لا تصح دعواه اياه أصلا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاه بعد شهادته ان كان رسم مكتوبا على الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه بيعا باننا فذا ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يند ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو اقر بالبيع بحضورى والشراء ثم كتب شهد بذلك أو كتب جرى ذلك لا تنفع دعواه فيها فلعلة كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كي لا يطرسه التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير ذكرت فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) اللام في لرجل لام المالك أى باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (ضمن) الوكيل (له) أى للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لرجل) فالضمان باطل لان الكفالة (وهي الضمان) التزام المطالبة والمطالبة اليهما أى الى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ماضيا من نفسه) فيصير مطالب بالمطالبة وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري بالموكل عليه دين بر ولو حلف بالموكل عليه شئ حنث

مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها التغاير في اللفظ واعلم أن كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام المطالبة ما يجنبه فن وكل رجل يبيع ثوبا ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرجل المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليه ما أى الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصاله في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري بالموكل عليه شئ كان بارا في عينه ولو حلف بالموكل عليه شئ كان حائثا وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يحنى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه أمر اعتبارى لا يظهر عند المحصومة

ولان المال امانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلا يصح ضمانهم ما كانا ضامينين لما فرضناه أمينا لم يكن أمينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس العبد ذلك لزمه الى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في النقر يرتقر برانا ما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانما هو الضمان الوديع والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك ولغايل أن يقول الو كالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال امانة بأيديهم ما اذا لم يضمنوا فاما اذا ضمنوا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة والجواب أن رفع الامانة انما يكون ببطلان الو كالة لا بتلايف الماعول عن علقته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل عما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثاني ليس فرع الاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شائعا صار ضمانا لنفسه وقد تقدم فساداه وان صح في نصيبه مفرزا أدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حسا أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليله لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا آخر أن يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما لو اشترى بنصيبه (٤٣٠) منه شيئا كان للاخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فبايؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع وبصير كانه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم غم الى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجوز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا يبطل لانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى

ولان المال امانة في أيديهم ما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضمانا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف الوكيل بالنسكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصح ضمانا لنفسه (ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة) فلا يصح مضمونا عليهم ما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أي لا يصح الضمان أيضا فيما (اذا باع رجلان عبدا) مثلا بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة (بأن ضمن نصف الثمن مطلقا) يصير ضمانا لنفسه (لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فباستحق بنصيب أحدهما فلا آخر أن يشاركه فيه فبايؤديه الضامن الشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه وبصير كانه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم غم الى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يجزأ فظهر ولزم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا في عين خارجية والدين وصف اعتباري ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على ان أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين

وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع وبصير كانه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم غم الى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجوز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا يبطل لانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى

نصيب شريكه فكيف يصح شائعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لاعمى لهذا أيضا يجوز لانه فاد الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا يجب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثاله اعتبار ان اعتبار نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض افراده لا تعلق له بالباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغييرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لاعمى لهذا أيضا لان فاد الاجماع الخ يجب عنه بأنه انما لزم القسمة فيه

(قوله كان للاخر ولاية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على الثوب لانه ملوكه بعد (قوله ولو صح الضمان فبايؤديه الضامن) أقول للظاهر أن يقال فبايؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه) أقول لتعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بأن القسمة في صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجع (قوله نقله صاحب النهاية) أقول نقله من الفوائد الظهيرية (قوله يجب عنه بأن نصيب الشريك الخ) أقول فتم تأمل

إن ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان لا خلاف أن يشاركه بخلاف ما إذا باعاه ففقتين بأن سمي كل واحد منهما بالنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فإن الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لأنه لا شركة ثمعة لأنها تكون بالتمام والصفقة والافرض خلافه واستوضح بقوله ألا ترى أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر وله أن يقبض نصيب أحدهما إذا نقدت حصته وإن كان قبل الكل ولو انحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خراجيه ونوائيه وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمه جائز أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج قبل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الامام في كل سنة على مال على ما رآه دون المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لأنه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه (٤٣١) في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح

ما يفرق به بين الخراج والزكاة وذكر المصنف رحمه الله فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل إذا الواجب فيها تملك مال من غير أن يكون بدلا عن شيء والمال آتية ولهذا لا تؤدي بعد موته إلا بالوصية

بخلاف ما إذا باعاه ففقتين لأنه لا شركة ألا ترى أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقدت حصته وإن قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجيه ونوائيه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لأنه لا مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعد موته من تركته إلا بالوصية

يجوز كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرة بعد أن أورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا من يد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شرى بطل الأول بما ذكره الناظران بخلاف الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا لأن الفرق بين شرائه حصته وبين ضمانها أو يخص البطلان بما إذا أريد ضمان النصف شائعا ويحكم بأنه المراد وقوله (بخلاف ما إذا باعاه ففقتين) يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقة ففقتين بأن باع هذا نصيبه على حدة وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه أو باعاه معا وسما الكل نصيبا ففقتين ضمن أحدهما ما صح الضمان (لأنه لا شركة) بينهم ما يحكم الشرع بذلك ولذا لو قبل المشتري في نصيب أحدهما فيما إذا باعاه معا دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصته أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى أن هذا في الثاني محمول على ما إذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظه البيع عند أبي حنيفة والافهوى على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام قاضيان ولو تبرع يعني الشريك بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء تبرعه فقطاحه في المشاركة فيصنع وجواز التسرع لا يدل على جواز الكفالة لأن التبرع أسرع جواز من الكفالة ألا ترى أنه يجوز التبرع ببذل الكتابة ولا يجوز الكفالة به (قوله) ومن ضمن عن آخر خراجيه ونوائيه وقسمته فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لأنه لا مجرد فعل) هو عليك طائفة من ماله مقدرة لادين ثابت في الذمة لأن الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال أنفقه أو قرض اقترضه أو مبيع عقده بعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهور واستتجار عين والزكاة ليست كذلك بل يجب إخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدلين حقيقيين ولو وجبت في نصاب مستهلك وأغاله شبه الدين في بعض الأحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لأنه مال يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قدمت الكفالة بما إذا كان خراجا موظفا لخراج مقاسمة

(قوله) لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ أقول قال بعض الفضلاء هذا غير مطابق للواقع فإن ما اشتراه أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وإن كان لا يخرج حق المشاركة ألا ترى أن له أن لا يشاركه ولو كان واقعا على الشركة كما كان له ذلك وبالجملة فوقع الملك له خاصة منصوص عليه وسيجيء إن شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره والاولى أن يقال إن البيع أمر حكى وبإضافة البيع إلى نصيبه مشاعا لا يزم محذور بخلاف

إضافة الكفالة فإن اعتبار الشيوع فيه يؤدي إلى أن يصير ضمانا لنفسه من وجه وهو غير مشروع فوضع الفرق واندفع الاشكال ثم في صورة البيع إذا اعتبرنا إضافة نصيبه شائعة بقوله لما كان هو العائد ووقع الملك له خاصة ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبارا بضافته إلى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع فإن الملك للعائد وإن أضاف إلى تعدد غيره على ما عرف وأما ثبوت حق المشاركة له فيجيء انتهى ونحن نقول قوله وإن كان لا يخرج حق المشاركة غير صحيح أيضا بل لا فيما إذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل في الصلح في الدين المشترك ثم قوله وسيجيء يعني في الصلح في الدين المشترك ثم قوله فوضع الفرق واندفع الاشكال كلام خال عن الفائدة إذ ليس في كلامه ما يدفع الاشكال

وأما النوايب فقد راد بها ما يكون بحق وقد راد بها ما ليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الامام
لجهز الجيش وفداء الاسارى بأن احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين اولى فداء امرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف
مالا على الناس لذلك والضممان فيه جائز بالاتفاق لو جوب أدائه على كل مسلم او جبه الامام عليه لو جوب طاعته فيما يجب النظر
للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلم كالتعير ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح
الضممان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ عليه ههنا شرعا وقال بعضهم يصح ومن عيّل اليه الامام
اليزدوى يرد بفخر الاسلام رحمه الله لان صدر الاسلام عن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام وأما النوايب فهي ما يلحقه من جهة
السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوب به صحت الكفالة بها لانها تدون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها
شرعت لالتزامها ولهـ ذاقلنا ان (٣٣٣) من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقط والعدالة كان مأجورا

وان كان من جهة الذي
بأخذ باطلا ولهـ ذاقلنا ان
من قضى نائبة غيره باذنه
يرجع به عليه من غير
شروط الرجوع استنحسانا
بمنزلة نبي المبيع قال شمس
الائمة هذا اذا امر به
لا عن اكرامه اما اذا كان
مكرها في الامر فلا يعتبر
أمره في الرجوع وأما قوله
وقسمته فقد ذكر عن
أبي بكر بن سعيد أنه قال
وتنع هذا الحرف غلط لان
القسمه مصدر والمصدر
فعل وهذا الفعل
غير مضمون وأجيب بأن
القسمه قد تحكى بمعنى
النصيب قال الله تعالى
ونبتهم أن الماء قسمه بينهم
والمراد النصيب وكان
الفقيه أبو جعفر الهندواني
يقول معناه ان أحد

وأما النوايب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشتركة وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش
وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا وفيه
اختلاف المشايخ رحمه الله ومن عيّل الى الصحة الامام على اليزدوى وأما القسمه فقد قيل هي النوايب
بعضها أو حصه منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبه والمراد بالنوايب ما ينوبه غير راتب
والحكم ما بيناه

وهو ما يجب فيما يخرج فله غير واجب في الذمة (وأما النوايب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر
المشتركة للعامة) وأجر الحارس للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في
حق (وفداء الاسارى) اذا لم يكن في بيت المال شئ (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق)
لانها واجبة على كل مسلم مؤسر بايجاب طاعة والى الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال
أولزمه ولا شئ فيه (وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاد فارس
على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فها ظلم فاختلف المشايخ في
صحة الكفالة بها فقيل تصح اذا العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة بما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من
تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة تضم في الدين يمنع صحتها
ههنا ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها يمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه
أو مطلقا (ومن عيّل الى الصحة الامام اليزدوى) يرد بفخر الاسلام أما أخوه صدر الاسلام فأي صحة
الكفالة بها (وأما القسمه فقد قيل هي النوايب بعضها أو حصه منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون
الرواية قسم بلاهاء لان قسمه في القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبتهم ان الماء قسمه بينهم اذلا معنى
لضممان حقيقة القسمه بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو وليكون
من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبه والمراد بالنوايب) ما هو
منها غير راتب) فتغايرا (والحكم) يعنى في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما والخلاف في الاخرى
ثم من أحسبنا من قال الانضل للانسان ان يساوى أهل محله في اعطاء النائبة قال شمس الائمة

هذا

الشريكين اذا طلب القسمه من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمه جاز

ذلك لان القسمه واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا قسمهما منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير
لا بالتاء وقد علمت ان القسمه بالتاء تحكى بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوايب بعضها وقد ذكر تفسير النوايب بحق وبغيره وعلى
هذا فذكره بالواو والبيان من باب العطف للتفسير أو حصه بعضها أى من النوايب يعنى اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر
المشتركة فأصاب واحد شئ من ذلك فيجب أدؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قبل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية
على هذا التقدير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال
فأشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمه حصه من النوايب لان القسمه اذا كانت حصه منها فهو محل أو وأما
اذا كانت هي النوايب بعينها فهو محل الواو امر وقيل هي النائبة الموظفة الراتبه والمراد من النوايب ما ينوبه غير راتب قيل
ومن قال بهذه القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعنى جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق

قال (ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعى لكونه محاله وان قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف إبراهيم بن يوسف ان القول فيه محال المقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فإذا أقر بالموجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة وأجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كجائز في ولاي يوسف انهم ما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الإجابة اعتبارا بالاقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعيًا حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فإذا عجز عنه كان القول للنكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما واقتل أن يقول هب انه لا دين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فلغصم (٤٣٣) أن يقول أقر بالمطالبة مدعيًا حقًا لنفسه وهو تأخيرها الى أجل فكان

ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير غماه فهو معارض بأن يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه التكفل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقباعا بما جديا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقضاء على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا منافاة (قوله ولان الاجل في الدين عارض) هو الفرق الثاني ومعناه على أن ما لا يثبت بشئ الا بشرط

(ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعى ومن قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كفي الخيار أما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصل وهذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد أما في زماننا فكثر النوائب وتوخد ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكره من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيه اختلاف (قوله ومن قال لا آخر) المراد الفرق بين مسئلتين احدهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الاجل القول للتكفل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث ألقى الاول بالثاني فجعل القول في المسئلة للمقر ولاي يوسف على رواية إبراهيم بن رستم حيث ألقى الثاني بالاول فجعل القول فيه محال المقر له وما وقع في أكثر نسخ الهدي من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألقى الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو من الكتاب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترف بالموجل كالاقرار بنوع كالاقرار بمحنة رديئة أو جارية فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالتكفل وجه قول أبي يوسف انهم ما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الإجابة كافي الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار أو أنكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذا ظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن فرض أو انلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحلل الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضه عارض لا نوعا (ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها) والآخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

(٥٥ - فتح القدير خامس) كان من عوارض ما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لاننا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الدين بهذه المثابة لان غنى البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا لمن غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الدين عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع البين كافي شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بفساد الاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندى ان الفرق الاول أيضا صحيح لا يرد عليه ما أورده فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والتكفل ينكره فتأمل وهذا كلام اجمالي كتبه نذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فيما يرى عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فن الشارحين من حمله على الرايتين عن كل واحد منهما أو منهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك (٤٣٤) وقد تقدم معنا فاستحققت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان

احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن لان مجرد قضاء القاضى بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية مالم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ اعتاقه واذالم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذالم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازاً عما قال أبو يوسف في الامالى له ان يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فيه مجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما ما بين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل به لعدم الحلية فيرجع المشتري على البائع وكفى له ان شاء وموضع أوائل الزيادات في ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما يرى عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل به لعدم الحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضع أوائل الزيادات في ترتيب الاصل

الحال والكفيل يشكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كال كفالة بآداب والدرك فانما أقرب بنوع منهما فلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانها ضعيفة لقلّة وجودها فتركت منزلة العدم وهذا مختص من ادعى مالاً وهو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلاً لا يصح وان أنكر يكون كاذباً وخاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة أن يقول للدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم مجهل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال مجهل فينكر وهو صادق وفي العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس ان كان لا يقصده أو اعتقه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعني لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لان مجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالبائع (لا ينتقض البيع) أي لا يفسخ (على ظاهر الرواية) واحتراز بظاهر الرواية عن رواية الامالى عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه الظاهر ما ذكر من أن مجرد الاستحقاق لا يفسخ البيع فالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبداً فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ اعتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحققت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذالم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم الحلية لبيع فيه يكون استحقاقاً مطلقاً للمالك رأساً وما نحن فيه استحقاق ناقلاً للمالك فحليته للمالك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فيما بقي هذا الاحتمال يبقى المالك بخلاف ما اذا قضى على البائع رد الثمن لارتفاعه حينئذ وصح في فصول الاسـتـروشي أن المستحق أن يجيز بعد قضاء القاضى وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المستثناة أو ان كانت مسجداً أو يشارك الاستحقاق الداخل في أن كلامهم ما يجعـل المستحق عليه ومن تلك الأشياء من جهته مستحقا عليهم حتى أنه لو أقام واحد منهم البيعة على المستحق بالمالك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق حله وقوله (وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ باب المأذون واحتراز بالاصل عن ترتيبه بالكاش لأن فانه ترتيب

ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات باب المأذون بخلاف الترتيب سائر الكتب تبركاً بما لم يبه أبو يوسف فان محمد أخذ الى ما أملى وبين أبو يوسف باباً باووجه له أصلاً وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف (قوله ووجب للمشتري الخ) اقول فيه شيء إلا أن يكون وجب معنى ثبت

وزيادته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء ما لآبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبرك به
 ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكره هنا ثلاث
 مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد
 اختلفوا فيه فاما باطل لان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لا شترت في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو
 ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد
 والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى
 خيار الشرط كما جاء في الحديث عهد الرقيق ثلثة ايام أى خيار (٤٣٥) الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحل به
 عليه فصار مبهما تعذر

العمل به وأما جواب الثاني
 أى ضمان الدرك فان العرف
 فيه استعماله في ضمان
 الاستحقاق فصار مبينا له
 فوجب العمل به وأما الثالث
 فأبو حنيفة رحمه الله قال
 هو عبارة عن تخليص
 المبيع وتسليمه لاحالة أى
 على كل حال وتقدير وهو
 التزام ما لا يقدر على الوفاء به
 لانه ان ظهر مستحقا فربما
 لا يساعده المستحق أو حرا
 فلا يقدر مطلقا والتزام
 ما لا يقدر على الوفاء به باطل
 وهما جعلاه بمنزلة الدرك
 تصحح الاضمان وهو تسليم
 المبيع ان قدر عليه
 أو تسليم الثمن ان عجز عنه
 وضمن الدرك صحيح وأجيب
 بأن فراغ الذمة أصل فلا
 تستغل بالشك والاحتمال
 ذكر أبو زيد في شرطه

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك
 القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل
 ذلك وجه فتعذر العمل به بخلاف الدرك لانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص
 لا يصح عند أى حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لاحالة وهو غير قادر عليه
 وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح

أبى عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد
 بالزيادات لان أصول أبوابه من أمالى أبى يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبى يوسف أصلا ثم
 يزيد عليه تفرعاته كما قاله (قوله) ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة
 مشتبهة المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو
 كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وفي بلادنا يقال لخا ص منه وهو مكتوب
 شراء الجوارى وتقال لنفس العقد لان العهد من العهد كالعقد من العقد والعهد والعقد واحد
 وتقال على حقوق العقد لانها من ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهد الرقيق ثلثة ايام أى خيار
 الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد ينهوا اذا تعددت المفاهيم تعذر العمل به اقبل البيان (بخلاف) ضمان
 (الدرك) فانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبى حنيفة
 ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبى حنيفة لانه عبارة عن تخليص
 المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه
 (أو) تسليم (قيمه) وذكر الصدر الشهيدي في أدب القاضى للخفاف أن تفسير الخلاص والدرك
 والعهدة واحد عند أبى يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما تصحح الكلام
 فتمت الالفاظ ثلثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمن العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمن
 الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شرطه أن أبى حنيفة وأبى يوسف كانا يكتبان
 في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يذ كر رد الثمن يفسد لانه يبقى
 الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا أما اذا قال
 خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع

ان أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهما يشيران الى ان
 بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا في كلام المصنف نظر لان الواجب عند
 العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا شهرة أمره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز
 فيما لا يلتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيدي في أدب القاضى للخفاف ان تفسير الخلاص والدرك
 والعهدة واحد عند أبى يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة أيضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية
 وأما ضمان العهدة فقد ذكره هنا فى الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند أبى حنيفة ضمان
 العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانه اعتمد على ما فى الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف
 والله أعلم بالصواب

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لسان الاثنين بعد الواحد طبعاً آخر وضعه التمام الوضوح الطبع قال (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه المخرج) اذا اشترى الرجلان عبداً بألف فالثمن دين عليهم مالا بمحالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزید المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف أصيلاً وفي النصف الآخر كفيلاً فما أدى الى تمام النصف كان عبداً عليه بحق الاصلالة تصرفاً الى أقوى ما عليه كما لو اشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لان الواجب به أقوى لحاجته الى القبض (٤٣٦) في المجلس وما عليه بحق الاصلالة أقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لادين

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى بـ ألف درهم وكفل كل واحد منهما ما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزید ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لان كل واحد منهما ما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصلالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فإصاحبه أن يرجع لان أداء نائبه كآدائه

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه (قوله) واذا كان الدين على اثنين بأن اشترى بـ ألف درهم معايداً بألف) أو اقرضهما (وكفل كل منهما ما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزید ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) وجهه أحدهما (ان كلامه في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصلالة وما عليه بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثاني (لان الاول دين) عليه (والثاني مطالبة) بلادين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الاقوى ثمة ديماله على الاضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لانه لا بد ان يصرفه بنيتة أو بلفظه الى أحدهما لانه قول الحكم عنه دنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الشابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الامالة الا ترى ان المريض اذا اشترى في مرض موته شيئاً كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضاً واشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه بصرف بنيتة قلنا لتعديله في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح اذ في الجنسين به تبرعاً لانه حينئذ مفيد ثابتهما (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) للكفالة كان له أن يرجع عليه به (فإصاحبه أن يرجع) بعين ما رجع عليه به المؤدى (لان أداء نائبه) بعني كفيله بأمره (كآدائه) بنفسه ولأدى بنفسه يرجع فكذلك نائبه لكن اذا جعله كله

وهي تابعة للدين لا بتناهما على اثنين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يرجع الدين عليه او ينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فيه بحق الاصلالة شئ فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لانتفاءه (قوله ولانه) دليل آخر على ذلك أو دونه بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فإصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لان أداء

نائبه كآدائه) بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له انت أديته عني بأمرى فيكون ذلك كآدائي ولو أدت عني بنفسى كان لي ان أجعل المؤدى عنك فان رجعت عني وأنا كفيل عنك وأنا أجعله عنك وأرجع عليك لان ذلك الذي أديته عني

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(قوله وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لانتفاءه) أقول ضميراً انتفاؤها راجع الى المعارضة وضمير لا انتفاؤها راجع الى أحدهما (قوله مستلزماً للمحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع الى محال قال المصنف (لان أداء نائبه كآدائه فيؤدي الى الدور) أقول في الملازمة ما لا يخفى قوله لان أداء نائبه كآدائه ان أريد كآدائه عن نفسه بحق الاصلالة أو ما يبعه فسلم ولا يفيد وان أريد كآدائه بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أداء كفيله عنه كآدائه عن كفيله فليست

فهو أدنى في التقدير فلأدبت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير أدنى كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى إلى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فبعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه إذ ليس على الشريك بحكم الأصالة (٤٣٧) إلا النصف فيفيد الرجوع (وإذا كفل

فيؤدى إلى الدور) وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداء أحدهما رجع على شريكه بنصفه فليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على مأمور وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصل وكانت حوالة من المحتمل عليه وإذا عرف هذا فإذا أداء أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل الرجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

عن صاحبه فنقول بذلك يرجع بجميع ما رجع به صاحبه والالم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الأول مائتين رجع بنصفها لانه في إحدى المائتين أصل فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتائهم ما إذا اعتبر نفسه مؤدياً كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة والالم يرجع إلا بنصفها لانه لو أها حقيقة بنفسه انصرف منها خسون إلى ما عليه أصالة وخسون إلى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدى إلى الدور) وما يؤدى إليه ممنوع فيمنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه ولا تغير حكم الشرع إذا الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فانه توفى الشئ على ما وقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفاً على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه فإذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الأول فالأول في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهم ما فيمنع الرجوع المؤدى إليه والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يوقعه شرعاً اعتباراً للمؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدى إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى إلى الطالب وهو نقض ما يتطوع به من الشرع أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداء أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً أو كثيراً ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة من غير نظر إلى أنهما مع الدين أولاً (فتجتمع الكفالتان وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفله (كما تصح عن الأصل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتمل عليه) للأصل بما أحيل به عليه على آخر (وإذا عرف هذا فإذا أداء أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا الكل كفالة) ماعن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجع للبعض على البعض) ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) وإذا لم يرجع ماعله من جهة المدون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدى إلى الدور لأن قضيته هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل الرجوع أحدهما) وهو المؤدى (بنصف ما أدى فتنقض رجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم) للاستواء فيه في العلة فإن أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستويا فإذا لا يرجع إلا بما زاد على

رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداء أحدهما رجع على شريكه بنصفه فليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على مأمور وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصل وكانت حوالة من المحتمل عليه وإذا عرف هذا فإذا أداء أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل الرجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

عن صاحبه فنقول بذلك يرجع بجميع ما رجع به صاحبه والالم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الأول مائتين رجع بنصفها لانه في إحدى المائتين أصل فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتائهم ما إذا اعتبر نفسه مؤدياً كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة والالم يرجع إلا بنصفها لانه لو أها حقيقة بنفسه انصرف منها خسون إلى ما عليه أصالة وخسون إلى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدى إلى الدور) وما يؤدى إليه ممنوع فيمنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه ولا تغير حكم الشرع إذا الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فانه توفى الشئ على ما وقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفاً على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه فإذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الأول فالأول في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهم ما فيمنع الرجوع المؤدى إليه والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يوقعه شرعاً اعتباراً للمؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدى إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى إلى الطالب وهو نقض ما يتطوع به من الشرع أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداء أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً أو كثيراً ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة من غير نظر إلى أنهما مع الدين أولاً (فتجتمع الكفالتان وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفله (كما تصح عن الأصل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتمل عليه) للأصل بما أحيل به عليه على آخر (وإذا عرف هذا فإذا أداء أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا الكل كفالة) ماعن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجع للبعض على البعض) ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) وإذا لم يرجع ماعله من جهة المدون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدى إلى الدور لأن قضيته هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل الرجوع أحدهما) وهو المؤدى (بنصف ما أدى فتنقض رجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم) للاستواء فيه في العلة فإن أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستويا فإذا لا يرجع إلا بما زاد على

يرجع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض رجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه بحث قال المصنف (فتجتمع الكفالتان على مأمور) أقول قبل ورقتين في تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان

لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراؤه بنفسه ونصفه بكفالة عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح لينا في الفروع المبنية على ذلك فانه قال (ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه) ولولا يمكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفله عنه لانهما قال (وان شاء) يعني من أدى منهما شيئا (رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفله عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيلا عن التكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان ابراء التكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله (٤٣٨) على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا أنا أخذناه وهو ظاهر

قال (واذا اختلف المتفاوضان فلا مصحاب الديون أن يأخذوا أياهم - ماشاؤا بجميع الدين الخ) إذا اختلف المتفاوضان وعلم ما دين فلا مصحبه أن يأخذوا أياهم ماشاؤا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشئ حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة حينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أياهم - ماشاؤا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المتفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فاذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة (الخ) واحدة بأن قال المولى كاتبك على ألف الى كذا

النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتماله به عن المؤدى وهذا يمكن حسابه عنه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب انك أدبته عنى هو كاداني بنفسى فكأنى أنا الذى أدبته واحتسبته عنك فأنأرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم يرجعان) يعني الكفيلين المتكافلين (على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاعرجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفله عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله) (قوله) وإذا اختلف المتفاوضان فلا مصحاب الديون أن يأخذوا أياهم ماشاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب (الشركة) من ان شركة المتفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر الا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) المدبوين بدين واحد والله الموفق (قوله) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتبك على ألف الى عام (وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد وهو عقد الكفالة جائز استحسانا) خلافا لآلة الثلاثة كالألف كانت الكفالة واحدة فقط ولانه كفالة تبطل بالكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة تبطل بالكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة ببطلان الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديناً محمداً وبطلان الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقه ماعلقا بأدائه أى بآداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما ان أدبت ألف فانت حر وهذا وإن يجعل كل واحد منهما كفيلا بألف عن صاحبه

قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما - مأخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال (قوله أى بآداء كل واحد منهما) أقول الاولى أن يطرح كلمة كل فانهم ما يعتقن بآداء واحد منهما

كأنه كره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها وما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بعل على حدة فتعذر تصحيحه به هذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استوائه في الوجوب عليه - ما استوائهم في العلة اعمى الكفالة فكان كل البذل مضمونا على كل واحد منهم ما لو اذ لا يعتق واحد منهم ما لم يؤد جميع البذل فما اذا ادهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهم - ما ولو رجع بالكل او لم يرجع بشئ لا تنفك المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ما رضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيته ما حتى يكون موزعا منقصة ما عليهم وانما جعل على كل واحد منهما احتمالا لتصحيح الضمان فكان ضرور لا يتعدى غير موضعها واذا أعتق استغنى عنه (٤٣٩) وانتي الضرورة فاعتبر بمقابل البرقيتهما

ولهذا يتنصف وعورض بأنه اذا كان مقابلا لهم - ما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يرد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى انما هو للتميز عن تفريق الصفة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ بادائه عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهم ما أن يؤديا جميعا ويعتقبا جميعا فكان في التخصيص ضرر للمولى بتفريق الصفة فأوقعنا المؤدى عنهم ما جميعا واذا بقي النصف على الآخر فلا مولى أن يأخذ به أيهما شاء أما المعتق فبأن كفالة وأما صاحبه فبالاصالة قيل أخذ المعتق بالكفالة لتصحيح الكفالة ببذل الكتابة

وسند كره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اذا ادهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهم ما ولو رجع بالكل لا تنفك المساواة قال (ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما ما جاز العتق) لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتمالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر بمقابل البرقيتهما فلهذا يتنصف للمولى أن يأخذ بمحصصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤد عنه بأمره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

انه يمكن أن يعتبر به وجه بصحبه فيحمل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كافي الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما ما بجميع المال بحكم الاصل لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما ما فينقسم عليهم ما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بعل عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى ان ما اذا ادهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهم (ولو لم يؤديا شيئا) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالمال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) للحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل منهما احتمالا لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوف الشارع الى العتق (فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر بمقابل البرقيتهما فوجب أن يتنصف للمولى أن يأخذ بمحصصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة) وأورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبذل الكتابة وهو لا يجوز أجيب بأن هذا في حالة البقاء لافي الابتداء كالمومات شهود النكاح (فان أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر به لم يرجع) على الذي عتق (لانه) ربما (أدى عن نفسه)

باب كفالة العبد وعنه

وهي باطلة وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لانه ادهما عنه بأمره وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لان العبد من آخر عن الحر اما لشرفه واما لان الأصل في بني آدم هو الحرية ووضع ترتيبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

باب كفالة العبد وعنه

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبدا بالكفالة عن العبد للقراب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين ذكر الابهال على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور وعليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره (٤٤٠) فلا يحتاج الى شيء لتأويلها ما اذا أقر العبد باستهلاك المال وكذبه المولى أو أقرضه

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ

آخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفا بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأته بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلك المال معايناه لوما فانه يؤخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرقة من غير أن يشترط في الكفالة تأجيل (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذ كر حالا ولا غيره لازم) الكفيل (حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا (و) انما (لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي يتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الاصيل منتف من الكفيل مع وجود مقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كالكفيل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى فانه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعين لعسرته وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبايع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عسره ولا يمكن المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعين فانه ليس فيه أحدهما فينفذ في حقه دفعا لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والاتباع رقبته فيه الا أن نفديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر) صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحسب أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندى كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ

انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأته بشبهة بغير اذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كله الحال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل متدورا لتسليم الكفيل فتصح كما في سائر الدون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس وأما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن المطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتسديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في

الحال وان كان في حق الاصيل متأخر الى العسرة فان قبل اذ لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل هذا الكفيل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين متأخر عن الاصيل بمؤخر أي بامر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا ثم اذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لانتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه مرأ أو عبدا فانه بموته يبرأ

(قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كالمو كان حرا واذ كرهه تمهد التي بعدها وليان الفرق بينهما (فان ادعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل
فمات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجهه يخلفها القيمة) عند المعز عن ردها
واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة (٤٤١) بما على الاصيل وقد انتقل

الضمان في حق الاصيل
الى القيمة فكذا في حق
الكفيل بخلاف الاول اى
الضمان الاول لان محل
ما التزمه وهو العبد قد
فات وسقط عن العبد
تسليم نفسه فكذا عن
كفيله وانما قيده باقامة
البينة احترازا عما اذا
ثبت الملك له باقرار رضى
الميد او بشكوه عن اليمين
حيث تقضى بقيمة العبد
الميت على المدعى عليه
ولا يلزم الكفيل لان
الاقرار حجة قاصرة الا اذا
اقر الكفيل بما اقر به
الاصيل قال (واذا
كفل العبد عن مولاه
بأمره الخ) اذا كفل
العبد عن مولاه بأمره
فالحال لا يخلو اما ان
يكون عليه دين مستغرق
اولا فان كان الاول لم يصح
كفالة لم يطق الغرماء وان
كان باذن المولى وان كان
الثانى صححت ان كانت بأمره
لان ماليتها لمولاه فله ان
يجعلها بالدين بالرهن
والاقرار بالدين واذا كفل
المولى عن عبده فهى
صححة سواء كانت بالنفس
او المال مدبونا كان العبد

الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به
رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجهه يخلفها
قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف
الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه او كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق
لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى
تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال لانه تحقق
الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع
لان المولى لا يستوجب على عبده دينه وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره
الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا او عبدا وانما فرضها في العبد
ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهى قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام
المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجهه يخلفها قيمتها وقد
التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كما لو كفل بالمعصوب
حيث يؤخذ برديعه فان عجز بقيمتها فخاله انه كفل بماله هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف
ماله كفل بالمال الذى على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات
الحر مفلس الا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المنفس بعد موته على ما تقدم من
الخلافا فيه (قوله) واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى او كان المولى كفل عن عبده وأدى
بعد عتقه عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشئ (و) نقل (عن زفر رحمه الله) في شرح الجامع
(انه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على
العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة
انما تصح من يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير أن أمر
السيده به افك المعز عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيده باذن السيده فاذا
كان على العبد دين لا يملك السيده ماليتها لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف
ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماليتها فيعمل اذنه لى أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية
ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صححة لمساينا أما كفالة السيده عن العبد فصحة على كل حال
سواء كان على العبد دين أولا فان قيل دين العبد الذى يظهر في حق المولى يقضى من ماليتها وهى ملك
المولى فالى فائدة في هذه الكفالة احيى بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لا معه ليقضى
من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينه الا أن يسلمه لباع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل
الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (زفر رحمه الله) انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة
بأمره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيده والعبد دين على الآخر (قد زال)
بالعتق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا انها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما
قلنا ان واحدا منهما لا يستوجب دين على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

(٥٦ - فتح القدير خامس) أو غير مدبون فاذا صححت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد
عتقه عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال
وقلنا هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دين اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى
لا يستوجب على عبده دين بخلاف كل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فأجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك وفوقه بأن الراهن اذا اعتق العبد الموهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع أن العبد هنالك لا يستوجب ديناً على مولاه وأجيب بأنه مغالطة فان كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وقيام كرت الحر يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به أو عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البديل وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكانت بهم ان علمت فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أي ثابتاً من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائهما ديناً مستقر لانها توثيق المطالبة وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزواً ولعلها (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو البراءة وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل (٤٤٣) آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببديل الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صحته فلا

يخلو ما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقط بتجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتجيز الاصيل نفسه أو مطلقاً ولا يسيل الى كل واحد منهما أما الاول فظاهر لان الاصيل بتجيز نفسه يرد رفيقاً ومولاه كما كان والكفيل ليس كذلك وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم ونفياً للزيادة على الملتزم ألا ترى أن الدين لو كان على الاصيل مؤجلاً كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيداً أو زبناً على

بغير أمره فأجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقاً ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد

بغير أمره) فبلغه (فأجاز فأدى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة الرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً الا أن يكون العبد مديوناً حينئذ ثبت له الدين على السيد وإذا وقعت غير موجبة فلا انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طوب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا اعتق العبد الراهن وهو معسر فان العبد يسمى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وتناف استيجاب الدين لحر به ما اذ ذاك فجاز أن يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببديل الكتابة حر تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر السيد على المكاتب (لانه) أي عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده وان ثبت فانما ثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أي اثبات هذا الدين (على هذا الوجه) على الكفيل (وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه) واثباته مطلقاً في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى

الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متقدم المقيد فلو ألزمناه مطلقاً لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه يسقط عنه بنفسه الكتابة سقوط بدلها لا بثنائها عليها اذ لو لاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً

(قوله وانما قال بمال الكتابة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فانه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المسوط انتهى الآن في تعليل مال الكتابة لماسوى بدل الكتابة تأملاً (قوله أما في بدل الكتابة الخ) أقول وتقريره الاول عندى ان مال الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة وتقريره الثاني انه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا يصح الكفالة به لانه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتامل ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث اذ لا يخفى نبوء كلام المصنف عما ذكره بل الظاهر أن قوله ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته تميم للدليل والله الهادي الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل (قوله وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيفته وهو قوله أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر (٢) قوله أن ما يقع في نسخة العلامة الصراوى أن ما يقع وكتب عليها بالهامش أصل النسخة يحذف لا النافذة فلما مل مع ما يأتي اه

(وبدل السعاية كمال الكتابة) في عدم جواز الكفالة به للولي (على قول أبي حنيفة رحمه الله) لكونه ديناً غير مستقر بثبوته مع الثانی (لما ان أحكام المستنسى أحكام العبد عندهم من عدم قبول الشهادة وتزويج المراتين وتنصيب الحد ودود وغيرهما وعلى قوله ما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقراً سقوطه بالتهجير وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحرامدين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاماً بما على الاصيل كافي الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهم الا ان اخراذاً اشترط موجب احدهما للآخرى عند ذكر الاخرى لكى أخر الحوالة لانها تتضمن براءة (٤٤٣) الاصيل والبراءة تفقوا الكفالة

فكذلك ما يتصف بها والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحوّل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتمل عليه على سبيل التوثيق به وأما شرطها فنذكره في أثناء الكلام وكذا حكمها وأنواعها

كتاب الحوالة

قال في البدائع الاصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به انتهى وفي التتارخانية أنه يجوز إحالة المكاتب سيده على رجل مقيم بدين أو غصب أو ودعية وإذا صحّت الحوالة برئ المكاتب وعق وقال فيه وان أحال سيده غيره على مكانه ولم يقبده ببدل الكتابة لا تصح وان قيد ببدل الكتابة صحّت وصار

المكاتب وكيلاً عن السيد باداء بدل الكتابة الى غريمه ولا يعتق مالم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر في التتارخانية قال الاتقاني يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء المحتمل له وهو الدائن والمحتمل عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتمل به وهو المال انتهى وفي معراج الدراية يقال أحلت زيداً بماله على رجل فاحتال أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ومحتمل والمال محال به والرجل محتمل عليه ومحال عليه وتقدير المحتمل في الفاعل على محمول بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقوله له لغولانه لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتمل حويل (قوله والبراءة تفقوا الكفالة) أقول اذا لم يكن بأس (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحوّل الدين إلخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجي

وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لأنه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

تمكينه من اسقاطه على الاصيل لم يقصد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب عنده) للعلّة الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده وقسمه بدون العلّة الثانية اذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتجيز نفسه وعنددهما تصح الكفالة به لانه حر مدين عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة بخاتمة وأما العبد التاجر اذا كان مولاه ديناً فان لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلاً له فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وان كان عليه دين صحّت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجباً في ذمته كافي ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا تصح وان كان صحّت

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثيق الا أن الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما ستعلم بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالتركيب مع المشرود والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها وأيضاً أثر الكفالة أقرب الى الاصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال أحلت زيداً بماله على عمرو فاحتال أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ويقال محتمل والمال محتمل به والرجل محال عليه ويقال محتمل عليه فتقدير الاصل في محتمل الواقع فاعلام محتمل بكسر الواو وفي الواقع مفعول لا محتمل بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء ويفتحها في مختار المفعول وأما صفة له مع المحتمل الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهو محتمل ومحتمل عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتمل حويل أيضاً فالمحتمل هو المدين والمحتمل والمحتمل رب الدين والمحتمل عليه والمحتمل عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتمل والمحتمل به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المدين الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المدين بالاتفاق وانما اختلف المشايخ ان الدين أيضاً ينتقل أو لا وسنذكره من قريب فلأريد التعريف على

قال (وهي جائزة بالدين الخ) الحوالة جائزة بالدين دون الاعيان أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل أما الاول فما روى أبو داود في السنن وقال حدثنا الفعفي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسناده إلى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل أمره بالتساع والاتباع بسبب ليس عشرة وع لا يكون ما مورا به من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فـلأنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالدين فـلأنها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في (٤٤٤) العين وتقرر به الحوالة فتحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محول شرعي

قال (وهي جائزة بالدين) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبسع ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالدين لأنها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه) أما المحتال فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوت فلا بد من رضا وأما المحتال عليه فلائنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضا ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين أو قول الناقلين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالدين) قال صلى الله عليه وسلم فجارواه أبو هريرة رضي الله عنه مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسع متفق عليه وأما بالفظ أحيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلق الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبسع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي فليحتل قيل وقديروى فإذا أحيل بإفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطلق الغني ظلمًا فإذا أحيل على ملي فليتبسع لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد لا وجوب والحق الظاهر أنه أمر بإباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فإن بعض الأملاء عنده من اللد في الخصومة والتعسير ما تنكر به الخصومة والمضارفة فن علم من حاله هذا لطلب الشارع إتياءه بل عدمه لمافيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن إتياءه مستحب لمافيه من التخفيف على المدينين والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فخباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازين للفظ الأمر في إطلاق واحد فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد والافهود دليل الجواز لا لإجاء على جوازها دفع الحاجة وانما خصت بالدين لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المنصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلأن الدين حقه وهو (الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذم متفاوت) في حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضا) والالزم الضرر بالزامة إتياءه من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلائنه) الذي (يلزمه الدين ولا لزوم الإلتزامه) ولو كان مدونا للمحصيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ويسر ومعب معسر (وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضا ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو) أي المحيل (لا يتضرر به بل فيه نفعه)

وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجاء أن يعتبر به الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن الحسن يكذب به فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لأن الدين حقه وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذم متفاوت فلا بد من رضا ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك وأحمد لأنه محل التصرف فلا يشترط رضا كإلوا عيدا فإنه لا يشترط رضا لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كإلوا وكل في الاستيفاء وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضا بالاجماع وقلنا إنه الزام الدين ولا لزوم بدون الإلتزام لا يقال الزام الحاكم بالبيضة على المنكر الزام بدون الإلتزام لأن الحاكم أظهر الإلتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعمل بأن ذوى المر وأت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضا لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه

عاجلا
أنه الزام الدين ولا لزوم بدون الإلتزام لا يقال الزام الحاكم بالبيضة على المنكر الزام بدون الإلتزام لأن الحاكم أظهر الإلتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعمل بأن ذوى المر وأت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضا لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه

(قوله وقلنا إنه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فإن الدين كان ثابتاً في ذمته فليست أم قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم الإيقول ورضا بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفاً عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف باداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضا انتهى فيه تأمل

لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره قبل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع عليه إذا كانت بأمره وقبل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للحيل على المحتمل عليه دين بقدر ما قبل الحوالة فانما حينئذ نكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه والتظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداء أو هاهنا من المحيل وقد يكون من المحتمل عليه والاول احالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتمال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتمل عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الاثمة الثلاثة بناء على أن ايفاء الحق حقه فله ايقاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها برادة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضاه من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختياره من له ما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى أنهم اتوا ببراءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنهم اتوا ببراءة عن المطالبة ومنشأ ذلك ذكر محمد روجه الله أحكاما تدل على القولين فمما يدل على الاول ما قال ان المحتمل اذا ذهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا أبرأه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن نصح ولو أبرأ المحال عليه أو وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثاني أن المحتمل اذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالكبراء التكفيل (ع ٤٥) ولوانتقل أصل الدين الى المحال عليه وجب

لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما

أن يرتد بده كالأبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل في الكفالة فان البراء حينئذ يكون غلظت الدين من عليه الدين وانما ذلك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا تقدم بالمحتمل يجب بر الحتمل على القبول ولوانتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالأجنبي والأجنبي اذا تبرع بنصائه الدين لا يجبر رب المال لا تصح لبراءته بالحوالة وعند محمد على قوله قالوا والاول هو الصحيح لأنه تصرف في تحويل الدين فيجب

عاجلا بان دفاع المطالبة عنه في الحال وأحلا بعدم الرجوع عليه (لأنه لا يرجع الا بأمره) وحيث ثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره وأول في الاوضح المذكور في القدوري بما اذا كان لأمره لعل على المحتمل عليه دين بقدر ما قبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتمل عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه أعنى نفس المحتمل عليه فلا تصح الا برضاه كذا في الخبرية واشترط رضا المحيل قول الاثمة الثلاثة قالوا لان للحيل ايفاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات فهرا ونزل ابن قدامة ان رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لعل على فلان بن فلان ألف فاحتمل بها على فرضي الطالب وأجاز صححت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنبين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتمل في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتمل عليه حتى لو حال على غائب فبلغه فأجاز صححت (قوله) واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا

تحويله وقبل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر فالرهن اذا حال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كالأبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كالأجل الدين بعد الرهن وقبما اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته اذا تحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذلك رها لان انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها بالاء وقال زفر رجه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما اعقدتوثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهومه لا شراطة

(قوله قبل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع الى الرضا ثم ان القائل هو الكافي (قوله وقبل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلنا من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراط الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره (قوله لان انتقال الدين بلا مطالبة ابن) أهول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لان المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لانقاله اذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على تقدير التوى فلنأمل فان للكلام محلا بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما اعقدتوثق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعيين كافي الكفالة فيها كما تقدم

وهو يقتضى بناء ما يضم اليه
والاصل موافقة الاحكام
الشرعية للمعاني الغوية
واعترض بالحوالة بغير أمر
المحيل فانها حوالة صحيحة
كأمر ولا نقل فيها ولا تحويل
وهو تنص اجابى والجواب
أنا لانسلم أن لنقل فيها فانها
بعد أداء الدين ظاهر التحقيق
ولهذا لا يبقى على المحيل شئ
(قوله والتوثيق باختيار
الاملا) جواب زفر وقدره
سلمنا أن كل واحد منهما
عقد توثيق لكن براءة المحيل
لأنا فيه لان التوثيق يتحقق
معها باختيار الاملا أى
القدر على الايفاء لبسطة
سعة ذات اليد والاحسن
قضاء بان يوفيه بالاجود
بلا مبالاة وهو في الحقيقة
تسزل في الجواب بالقول
بالموجب وقوله (وانما
يجبر على القبول) جواب
نقض يرد على قوله والاحكام
الشرعية على وفاق المعاني
اللغوية وتقريره لو صح
ذلك لانتقل الدين من المحيل
وصار أجنيا منه فاذا نقده
كان الواجب أن لا يجبر
المحتال على القبول أى لا ينزل
منزلة القاض اذا ارتفعت
الموانع بين المحتال والمنقود
لكون المحيل اذا ذاك متبرعا
كالاجنبى وبإداء الاجنبى
المتبرع لا يجبر الطالب على
القبول وتقرير الجواب
لانسلم أن المحيل متبرع في
النقد وانما يكون متبرعا كلاجنبى ان لم يحتمل عودا المطالبة اليه بالتوى وهو يحتمل فلا يكون متبرعا

عقد توثيق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أيا الكفالة
فلا ضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني الغوية والتوثيق باختيار الاملا والا حسن في القضاء
وانما يجبر على القبول اذا نقض المحيل لانه يحتمل عودا المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

فالنظر في خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر فالقائلون ان المذهب لا يبرأ عن
الدين استدلو بمسائل ذكرها محمد تقتضى ذلك فمنها ان المحتال اذا برأ المحتال عليه يصح ولا يرتد بده
كأمر الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد بده كالأمر المحتال المحيل قبل
الحوالة لنافيه من معنى التمسك ومنها ان المحيل اذا نقض المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول ولو
انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال المحتال فلا يجبر على قوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل
بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل أجنيا عنه ونوكيل الاجنبى
بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا برأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل
ولو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو هو من المحتال عليه يرجع به على المحيل كفى الكفيل الا ان لم يكن
للمحيل عليه دين والا لتقيافا صا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الأبراء والهبة في حقه سواء فلا
يرجع والقائلون ان المذهب ينتقل الدين استدلو بأن المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو برأه من الدين
بعد الحوالة لا يصح إبراؤه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين
أبي يوسف ومحمد فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنقل المطالبة لا الدين قال وفائدة
هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احدهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند
أبي يوسف كالأمر براءه عنه وعند محمد لا يسترده كالأمر بحل الدين بعد الرهن والثانية اذا برأ الطالب
المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح وبرئ المحيل لان أصل الدين
باق في ذمته وانما تحولات المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل
عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل
المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام إبراؤه وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل
هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ بوجوب نقل المطالبة والدين اذا الحوالة منبثة عن النقل وقد أضيف الى
الدين واعتبار المعنى بوجوب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى لا ترى انه اذا مات المحتال عليه
مفسدا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة
في بعضها فانهم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان وبسبب المصنف عن بعضها في
خلافه زفر هذه اذا عرف المذهب حينئذ جئنا الى خلاف زفر لاعتبار الكفالة بجامع ان كلامهما
عقد توثيق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة ولان عدم الاتصال أدخل في
معنى التوثيق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة
الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أيا الكفالة فلا ضم) لغة لانهم امن
الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لانه الاحكام) يعنى العقود (الشرعية)
المسمية باسم اعتبار فيها معنى تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها بالمعنى (قوله عقد توثيق) والتوثيق
ان يطالب كلا منهما اقلنا بل التوثيق لم يخص في ذلك بل يصح باختيار الاملا واليسر في القضاء
فيكتفى به في تحقيق معنى التوثيق في معنى لفظ الحوالة فتبرع متوقف على خصوص ما ذكره من التوثيق
وهذا الدليل ينتهز على زفر فانه قال ببقاء الدين والمطالبة على المأمول لما الطائفة من المشايخ القائلون
بنقل المطالبة دون الدين فلا فائدة اذا قال الحوالة تنبى عن النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل
المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كقول زفر ان تحقيق التوثيق يحصل

قال (ولم يرجع المحتال على الخيل الآن بتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ الخيل أي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ الخيل ولم يرجع المحتال على الخيل بشئ الآن بتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان براءة الخيل حصلت مطلقة أي عن شرط الرجوع على الخيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن غم ما يدل على التقيد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في البراءة وما يدعى روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به على آخر فأتى المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعده الله فأبعده بمجر داحتياه ولم يجزله الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة انظرا (٤٤٧) أو مطلقا والثاني ممنوع والاول

مسلم لكن لا يشهدكم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فقول أنها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحلل الثاني لانفس الوجوب لان الذم لا يختلف في الوجوب وانما يختلف بالنسبة الى الابقاء فصارت سلامة الحق من المحلل الثاني كالشرط في العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحلل الاول فصار وصف السلامة في حق المحلل به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشئ وهو ما يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة اقواله

قال (ولا يرجع المحتال على الخيل الآن بتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد وانما هي مقيدة بسلامة حقه لانه هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لقوله لانه قابل للفسخ

باختيار الام لا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن الخيل اذا قد المحتال الدين المحلل به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على الخيل لم يجبر لانه حينئذ منته برع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير العقل أن يكون منتهيا محضا وانما يكون ذلك لولم يكن عود الدين المستعمل اليه بعينه ممكنا مخوفا قد يتوقع فأما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لذلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقض في أصلا عما اذا وقعت بغير اذن الخيل وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذلك على الخيل شئ الا انه قد يقال لوصح هذا الصح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق ان أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن الخيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكمية وليس هذا نقض بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعذري ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن الخيل ليست حوالة من كل وجه لانه حقيقة الحوالة ان كان فعل المحلل الاحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف من انتفاء الفعل منه والنقل انما هو في حقيقتها وله هذا اجازة المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه جمالة وحكمها شطرحكم الحوالة وهو لا لزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو ان قال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا استعقت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على الخيل الآن بتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى) بموت أو افلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد وعن أحمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا أن رضي بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولان الخيل غر فهو كالوعد المبيع يرجع به (لان البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد) ولا سبب فلا يعود ويؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فأتى المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعده الله فغرم رجوعه ولمن غرم كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة بمعنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لان الذم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تفاوت في احسان التضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحلل

أن لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة أنفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه بنفسه كالشئ اذا وجد المبيع مع عيبا واختار رد فله بنفسه المبيع وبما دال الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على الخيل فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقتي المشايخ رحمه الله

(قوله كان له على علي رضي الله تعالى عنه الخ) أقول ليس في حديث علي كرم الله وجهه ما ينافي ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفلسا كما لا يخفى

واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيه ما عنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف على محل الاجماع وعورض بأن المحال وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين أن يأبأها بقاء حقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار أحدهما (٤٤٨)

فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند أبي حنيفة رجعة الله أحد الأمرين اما ان يجعد الحوالة ويحلف ولا يئنه له عليه أو يموت مقلسا)

الثاني على الوجه الاحسن والاول ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاده حقه على الاصيل فصار كالمصالح على عين فهاكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ما روى عن عثمان رضي الله عنه من فروع وموقوفات في المحال عليه اذا مات مقلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولقظ الاسرار قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح بمثل ذلك وهذا الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين أو لم يشكنا فقد تكافأ هذا واختللت عباراتهم في كيفية العود فقبل بفسخ الحوالة أي بفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقبل تنفسح ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افساس تنفسح ويعود في الجود بفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مقلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار وله هذا كمالا ظهر لاحدهما مال أخذه كافي الكفيل والمنكفول عنه اذا ماتا مقلسين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المنكفول عنه قالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولو لانه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مقلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والاحراز للمعتال أن يشتري شيئا من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتال عليه وقواهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينان دين انما يلزم لو كان الفسخ منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا أحالهم ما فلو افتراق من غير قبض يفسد ما قد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد بالعقد وأما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن المحال آخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالخصص لان هذا مال المحيل ولم يصير بالحوالة ملكا للمحال لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعالى به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت اليد بديل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالخصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة رجعة الله بكل من أمرين اما أن يجعد الحوالة ويحلف ولا يئنه له عليه) للمعتال ولا للمحيل فقوله (له) يعني كلا من المحيل والمحتال (أو يموت مقلسا) لامال له معينا ولا دينا ولا كفيل عنه بهين

أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمولى اذا اعتق عبده المديون فاختر الغرماء اسوة له العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه اما أن يرجع بشئ من أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن للتوثق فاضافة اتواء الحق الى وصف بقضى ثبوته فاسدة في الوضع قال (والتوى عند أبي حنيفة رجعة الله أحد الأمرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الأمرين اما أن يجعد الحوالة عليه الحوالة فيحلف ولا يئنه له ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدّر على مطالبته واما أن يموت مقلسا

المحتال

لا يقدّر على مطالبته واما أن يموت مقلسا

قال المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) اقول بأن اشتري شيئا فله قبل القبض فانه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشترى وهذا التقرير ناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريقي المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيه ما عنيين مختلفين

لان المجزئ على الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما في الاول فلماذا كرنا وأما في الثاني فلانه لم يبق ذمة
يتعلق به الحق فسقط عن المحال عليه مثبت للعتال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما
تعدرا الاستيفاء وجب الرجوع وقالاه ذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن
الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قال التوى هو المجزئ عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه
فصار كوت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا بتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادر رائج وقد تقدم منه في الكفاة فلم يكن
كلوت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط وعن الشافعي أن القول قول الطالب مع عيینه على
علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أقلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد (٤٤٩) أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان

افتقر وفلسه القاضي أى
قضى بافلاسه حين ظهر له
حاله كذا في الطلبة قال
(واذا طالب المحتال عليه
المحيل الخ) اذا طالب المحتال
عليه بمثل مال الحوالة مدعى
قضاء دينه من ماله فقال
المحيل أحلت بدني لي عليك
لم يقبل قوله ويجب عليه
مثل الدين لان سبب الرجوع
وهو قضاء دينه بأمره قد
تحقق باقراره الأنيدي
عليه ديناً وهو ينكر والقول
قول المنكر والبيئة للمحيل
فان أقامها بطل حق المحتال
عليه في الرجوع فان قبل
لم لا يجوز أن تكون الحوالة
اقراراً منه بالدين عليه
أجاب بقوله لانه قد تكون
بدونه أى الحوالة قد تكون
بدون الدين المحال عليه فيجوز
انفكاكه عنه وحينئذ
يكون التقييد بالدين
تقييداً بلا دليل (واذا طالب
المحيل المحتال بما حاله به فقال

لان المجزئ عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقالاه ذان الوجهان ووجه
ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده
خلافا لهما لان مال الله غادر رائج قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل
أحلت بدني لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو
قضاء دينه بأمره لأن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقراراً منه
بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما حاله به فقال انما أحلتك
لتقبضه لي وقال المحتال لابل أحلتني بدني كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه
الدين وهو ينكر ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيینه

المحتال وعندهما بهذين ووجه آخر وهو أن يحكم حاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح
عندهما وعندده لا يصح لانه بتوهم ارتفاعه بحدوث ماله فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل والتوى
التلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو تواتر ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي
الشافعي والمبسوط القول للطالب مع الميمين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم
انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع الميمين لانكاره عود الدين
(قوله) واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل (انما) أحلت بدني لي عليك لم يقبل قوله
وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بأمره ولان المحيل يدعى ديناً عليه
وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقراراً بالدين عليه لانا نقول
ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي
حقيقة الحوالة أما المقيدة فو كالة بالاداء من وجهه والقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما حاله به
وقال اني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدني لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى
عليه) أى على المحيل (ديناً وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل ووجه قال الشافعي في وجهه
وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر اقراراً قاله المحيل بوكيل فهو خلاف الظاهر وهو
قول أحد وقول المصنف (ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيینه) جواب
عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونهما بالدين أن تظهر الحوالة متواطئاً فيهما والافادع
مجازاً متعارفاً يخص قوله ما فان الحقيقة عند أبي حنيفة مقدمة على الجواز المتعارف وقد تكلف شمس

(٥٧ - فتح القدير خامس) انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني بدني لي عليك فالقول قول المحيل

فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحله لتقبضه خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولقطة الحوالة ومعناه أن
دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى
الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع عيینه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كما سيحى في كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجع قال العلامة الكاكي قبل الجواز لا يعارض الحقيقة
فاحتمال الجواز لا يخرج عن ارادة الحقيقة أوجب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرج عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرج عن كان محتملاً لا فلا
يدل على الإقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شئ

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في بدا المحال عليه بالوديعة أو الغصب والثاني أن يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي أن يرسلها الراسلاً لا يقيد بها دين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وأن كان له ذلك عليه أو في يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضاً على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي أن يحيل المدينون الطالب على رجل بألف حالة فإنها تكون على المحال عليه كذلك لأنها التحويل بالدين من الأصل فيتحول على الصفة التي على الأصل والفرض أنها كانت على الأصل حالة فكذلك على المحال عليه وليس للمحال عليه أن يرجع على الأصل قبل الأداء لكنه يفعل به ما فعل به كاتقدم في الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الأصل مؤجلاً فيحصل مؤجلاً على المحال عليه بذلك الاجل (٤٥٠) فان المال يكون على المحال عليه إلى ذلك الاجل لأنه قبلها كذلك إذا عرف

هذا فقوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيد هابها فانه ما التزم الأداء الامتياز بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كالفوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه

هذا فقوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذي في بدا المحال عليه بالوديعة وقوله لأنه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لو جهن أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلا أن تكون جائزة بالعين أجدر فان هلك الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتقيد هابها أي لتقيد الحوالة بالوديعة لأنه ما التزم الاداء الامتياز فيتعلق بها ويبطل

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيد هابها فانه ما التزم الأداء الامتياز بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كالفوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه

الائمة حين استبعد التواطؤ وتقدم المحاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعاً من المحتال عليه به هذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلاً في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بيعته لنفسى فالقول للمحيل لان أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالة مثل له على أوفى ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتاً بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الالبته من اللفظ ومنه نحو قوله اتزمت في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في اتزمت على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء) ليس مراداً بقضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلك برئ) المحال عليه وهو المودع (لتقيد هابها) أي لتقيد الحوالة بالوديعة التي هلكت (فانه) أي الرجل (ما التزم الاداء الامتياز بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة) بعين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلاً فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لان) له خلاقا (الفوات الى خلف كالفوات) فبقيت متعلقة بخلافه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) بأن يحيله دينه الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة وبعين مضمنة وبعين خاس (وحكم المقيدة في هذه الجملة) أعني الاقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها

تعلق

بها كلها كل كاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الالف مغصوباً عند المحال عليه وقيد الحوالة بها ببيان لجوازه بالعين المغصوبة وانما اذا هلك لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثلاً وقيمته ان كان قيمية كان الفوات بها كما هلك فواتا الى خلف وذلك كالفوات فكان باقياً حكماً وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ببيان لجوازه مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمدين على آخر كذلك وأحال المدينون الطالب دينه على مدونه بألف على أن يؤديه من الالف التي لاطوب عليه فانما جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا بالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها (قوله والمطلقة الى قوله على نوعين حالة ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله بيان لجوازه خبره

(قوله والمطلقة الى قوله على نوعين حالة ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله بيان لجوازه خبره

لأنه تعلق به حق المحتال فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما ليجل عليه أو يبدد فتعلق به حق استيفائه وأخذ
الحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتم كمن من أخذها ولودفعها المودع وأغبره الى الحيل ضمن لأنه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال
الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لثلا يبطل حق (٤٥١) المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء

اشارة الى حكم آخر يخاف
حكم الحوالة حكم الرهن
بعد ما انفق في عدم بقاء
حكم الاخذ للحيل
والراهن وهو أن الحوالة اذا
كانت مقيدة بالعين أو
الدين وعلى الحيل دين
كثيرة ومات ولم يترك شيئا
سوى العين الذي له يسد
الحال عليه أو الدين الذي
عليه فالحال اسوة للغرماء
بعد موته خلافا لفرجه
الله وهو القياس لان دين
غرماء الحيل تعلق بحال
الحيل وهو صار اجنبيا
من هذا المال ولهذا
لا يكون له أن يأخذه في حال
حياته فكذا بعد وفاته
ولان الحال كان اسبق تعلقا
بهذا المال لتعلقه في صحته
وحق الغرماء لم يتعلق في
صحته فيقدم الحال على
غيره كمرتهن قلنا العين
الذي يد الحال عليه للحيل
والدين الذي له عليه لم يصير
مما لو كالحال بعقد الحوالة
لا بد او هو ظاهر ولا رغبة
لان الحوالة ما وضعت
لتمليك وانما وضعت للنقل
فتكون بين الغرماء وأما
المرتهن فانه ملك المرهون
يدا وجبنا فثبت له فوع

لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت الحيل وهذا لأنه لو بقي له
مطالبته فبأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا
تبطل الحوالة بأخذهما عليه أو عنده

(تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ الحيل يبطل هذا الحق
فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين الى الحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به
حق المحتال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمه للمرتهن لأنه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف
بالرهن بتبادره لو هلك الحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي أن يختص المحتال بذلك الدين الذي
أحيل به أو العين وليس كذلك منه المصنف فقال (وان كان) أي المحتال (أسوة للغرماء) فيه (بعد
موت الحيل وهذا لأنه لو بقي) للحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فبأخذه منه بطلت
الحوالة) الواقع (انما حق المحتال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا
أو عينيا والفرق ما قدمناه انه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما تعلق حق الدائن
بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا
كان المحتال اسوة للغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء الحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له
أن يرجع على المحال عليه بقيمة دينه وهو ظاهر لتقيد الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة
المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صح البراءة وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه
بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع
على المحتال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فلكل المحتال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما
لو ملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الاراء فانه في الاصل موضوع
للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين الحيل
فبقي دين الحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) يتصل بقوله لا يملك
الحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة
وهي أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالالف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي
عليه فاذا حال كذلك وله عند ذلك الرجل ودبعة أو موصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لأنه) أي الشأن
(لا تعلق لحق المحتال به) أي بذلك العين أو الدين لو وقعها مطلقة عنه (بل بذمة المحتال عليه) وفي
الذمة سعة (فبأخذه منه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو
عنده يرجع الى الدبعة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتنقسم المطلقة الى
حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بألف وهي على الحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان
الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الاصيل
قبل أن يؤدي ولكن له اذا لزم أن يلزمه واذا حبس أن يحبس والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف الى
سنة فأحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة متبهمه لم يذكره محمد وقالوا ينبغي
أن تثبت مؤجلة كافي الكفالة لأنه تحمّل ما على الاصيل بأى صفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على

اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشارك فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا
وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانما لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن
لا تعلق لحق المحال به أي بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة
وعلى هذا ليس للودع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الدبعة والغصب والحيل أن يأخذها مع بقاء الحوالة كما كانت

قال (وتكره السفاتج الخ) السفاتج جمع سفجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب أصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته أن يدفع الى تاجر ما لا قرض اليه يدفعه الى صديقه وقيل هو أن يقرض انسانا ما لا يقضيه المستقرض في بلده يده المقرض وانما يدفعه على (٤٥٣) سبيل القرض لاعلى سبيل الامانة ليستفيد به معقود خطر الطريق وهو نوع نفع

استفيد بالقرض وقصد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جز نفعاً وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما أورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانهم معاملوا في الديون كالكفالة والحالة فانهم معاملوا أيضا في الديون والله أعلم

كتاب أدب القاضي

المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأني ذلك في حق المحتال عليه لانه يحتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في أحكام الدنيا والتحق بالاجانب ولومات المحتال عليه قبل الاجل والمحل حتى حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك فامر جمع الطالب على المحل الى أجله لان الاجل سقط حكم الحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمانها وهو سقوط الاجل كالمو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عداد الاجل لان سقوط الاجل كان بمحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفاتج) جمع سفجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته أن يدفع في بلدة الى مسافر قرض اليه يدفعه الى صديقه أو وكيله مثلاً في بلدة أخرى ليستفيد به امر خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جز نفعاً واهل الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حزمة أنبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت علياً رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جز نفعاً فهو ربا وهو مضغف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم في جزئه المعروف عن سوار أيضاً وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفجات حرام وأعد له به مروان بن موسى بن وحيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبي شبة في مصنفه حدثنا خالد الجرجاني عن حجاج عن عطية قال كانوا يكرهون كل قرض جز منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفاتج مشروطاً في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطاً جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل أقرض رجلاً ما لا على أن يكتب له به الى بلد كذا فانه لا يجوز أن أقرضه بغير شرط وكتب جازو كذا لو قال اكتب لي سفجة الى موضع كذا على أن أعطيك هذا فلا خيره وفي كفاية البيهقي سفاتج التجار مكرهة ثم قال الا أن يقرض مطلقاً يكتب السفجة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ألا ترى أنه لو قضاه بأحسن محالة عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطاً قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف نظار فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكي عن أبي حنيفة انه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعاً بملكه كيف ولم يكن مشروطاً ولا متعارفاً وانما أورد القدوري هذه المسئلة هنا لانهم معاملوا في الديون كالكفالة والحالة والله أعلم

كتاب أدب القاضي

قال في لطائف الاشارات في كتاب الرجوع من شهادة الكافي القاضي بتأخير الحكم آثم وعزل وعزرائتي قال الامام السرخسي في مبسوطه وان طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا الحديث ٤- رضى الله تعالى عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم ومن ذوى الارحام ولا ينبغي له أن يردهما أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضراراً للصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وانما الواجب عليه ما قلده من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك

لما كان أكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عتقها بآية طهها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال جديدة يصلح بها القضاء
وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رخصة محدودة لذلك يخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله أبووزيد ويجوز
أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عياش بنه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله
بحال أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم أجمعين (٤٥٣) قال الله تعالى أنا أنزلنا التوراة فيها

هدى ونور يحكمهم النبيون
وقال وأن احكم بينهم بما
أنزل الله ولا تتبع أهواءهم
قال (ولا تصح ولاية القاضي
الح) لا تصح ولاية القاضي
حتى يجتمع في المولى بلفظ
اسم المفعول واختاره على
المتولى بلفظ اسم الفاعل
إشارة الى أن القاضي ينبغي
أن يكون قاضيا بتولية
غيره لا بطلبه التولية شرائط
الشهادة من الاسلام
والحرية والعقل والبلوغ
ويكون أي المولى من أهل
الاجتهاد أما الاول يعني
اشتراط شرائط الشهادة
فلان حكم القضاء يستق
أي يستفاد من حكم
الشهادة

(قوله لما كان أكثر المنازعات
الح) أقول ما ذكره يقتضي
إبراده عقيب كتاب الدعوى
وأيضا كان ينبغي أن يبين وجه
التأخير عن الكتاب الذي
قبله على ما هو دأبهم (قوله
قال الله تعالى أنا أنزلنا التوراة
الح) أقول ليس في الآية
دلالة على أمر الله تعالى
كل مرسل به قال المصنف
(حتى يجتمع في المولى)
أقول قال في الكفاية المولى

قال (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما
الاول فلان حكم القضاء يستق من حكم الشهادة

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة الى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها
وهو القضاء والادب الخصال الجديدة والقاضي محتاج اليها فأقادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن
يفعله ويكون عليه وسيمت الخصال الجديدة أدبالا نه تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون
الدال هو الجمع والدعا هو أن تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه أدب زيد أدب أدبا بوزن
ضرب يضرب ضربا إذا دعاك الى طعامه فهو أدب والمادة الطعام المصنوع المدعو اليه ومنه قول
طرفة بن العبد يدح قومه بني بكر بن وائل

ورثوا السوء دعن آبائهم * ثم سادوا سوء دأ غيرهم

نحن في المشتاة ندعو الجفلى * لا ترى الآداب فينا ينتقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود أن هذا القرآن مأدبة الله فدخل فيه فهو آمن وروى عنه
أيضا مأدبة الله فعملوا من مأدبته بفتح الدال أي تأديبه وكان الاجر يجعلها لعتين قال أبو عبيد لم أسمع
أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمان كها ترجع الى الختم والفرغ
من الامر يعني بأكمله وفي الشرع براديه الالتزام ويقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من
الحكمة التي تجعل في رأس الثرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلا امتنع الكل أنوعا هذا اذا
كان السلطان لا يفصل بنفسه فان فعل لم يأثموا كافي البرازية والسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لانه
لا بد من إيصال الحقوق الى أربابها بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به
نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى
فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على الجن ومعاذا وقال له بم
تقضي فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم قال فان لم تجد قال أجتهد
برأي فأقره وعليه اجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة
ويكون من أهل الاجتهاد) هذا اللفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المفعول للاشارة بأنه أتى عليه
الفعل من غير طلب له منه كما هو الاولى (أما الاول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم
القضاء يستق من حكم الشهادة) يعني كل من القضاء والشهادة يستقدم من أمر واحد وشروط الشهادة
من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدودا في فذف والكمال فيه أن يكون عدلا
عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاء **فرع** فله عتق فاعتق جاز أن يقضي بذلك
الولاية من غير حاجة الى تجديد كالموت يحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب
القضاء وذكره بعد ورقة فله قضاة مصر أصبي فأدرك ليس له أن يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء
فأسلم قال محمد وهو على قضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلامهم حال ولاية
وبه مانع وبالعق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية أصلا وما في الفصول لو قال لصبي أو كافرا إذا

على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير إياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضي على ما يجب ما شاء الله تعالى انتهى وفي
وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطلق عليه المولى وإن طلبه (قوله لا بطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة التفعّل فانما التكليف الذي
يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل أقوله يجتمع الذي تقدم في قوله
حتى يجتمع في المولى

لان كل واحد من القضاة والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاعراً وأبى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاة لما كانت أعم أو أكل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى بأشراطها ووربما لو ح المصنف بقوله فيستقي استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء والعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جازاً لانه لا ينبغي أن يقلد لانه لا يؤمن في أمر الدين لقلة مبالاة فيه كافي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظر الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلاً ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسر هاء وهي معروفة أو غير هائل الزنا وشرب الخمر لا ينزل اذالم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فبعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره مالم يعزل واليه أشار الامام البرزوي وقوله وهذا اشارة الى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي أنه ينزل بالفسق وهو اختيار (٤٥٤) الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم

من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي أن الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضياً

(قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالة على الصغرى كلام يندفع عني النهاية من اعتبار الشهيرة قال في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أي مرجعهم الى أصل واحد وهو أن يكون القاضي حراً مسلماً بالغاً قاعداً عدلاً كافي الشهادة لأن يكون حكم القضاء مبني على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ولأن أصل الولاية ثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكال الشيء

لان كل واحد منهم مامن باب الولاية فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا أنه لا ينبغي أن يقلد كافي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله أدركت فصل بالناس أواقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تعيينه واذالم تصح ولاية الصبي قاضياً لا يصح سلطاناً في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذ امارات فقد سئل في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطاناً وتقليد القضاء منه غير انه يعد نفسه تبعاً لابن السلطان تعظيماً وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا ينزل الابعزله نفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتقضى المراءة في كل شيء الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كالتأجيل لشهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطاناً ذو شوكة وان كان جاهلاً فاسقاً وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدلاً عالم لا يحل تولية من ليس كذلك ولو لولي صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى بها فان قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلاً) قبل الولاية فولي (فسق) وجاز (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)

لا يكون بدون أصله فيصح أن يكون أهلية الشهادة أصلاً لاهلية القضاء وهذا لان الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لان ولاية القضاء الخ) أقول هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكل من ولاية الشهادة) أقول اذ به يقطع النزاع (قوله أو مرتبة عليها كانت أولى الخ) أقول في ثبوت الاولوية في صورة الترتيب بحث كالايجني لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطاً بها يكون شرط الشهادة شرطاً لها بالطريق الاولى لكونه مشروطاً بذلك الشرط لانه مغالطة كالايجني (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول قدس الله ان ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكره مبني لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كالايجني فان قضاء فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون مافعله قضاء (قوله وهذا اشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى أن الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي حيث قال ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون اشارة الى ذلك) أقول بتأويلي ملخص

والاول أظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فإنه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل
شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص فإن الأعمال من الإيمان عنده فإذا فسق فقد انتقص إيمانه (وقال بعض
المشايع أنه إذا قلنا الفاسق يصح ولو قلنا وهو عدل ففسق ينزل به لأن المقلدا اعتمد عدلته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان
التقليد مشروطا بإيمان العدالة فينتفي بانتفاءها واعتراض بأن قول الفقهاء البقاء (٤٥٥) أسهل من الابتداء في جواز

التقليد مع النسق ابتداء
والعزل بالفسق الطارئ
والاول ثابت لأنه من مسلمات
هذا الفن بنى عليه أحكام
كثيرة كبقاء النكاح بلا
شهود وامتناعه بابتداء
بدونه وجواز الشروع في
الهبية بقاء لا ابتداء فينتفي
الثاني وهو ثبوت القضاء
بالفسق ابتداء والعزل
بالفسق الطارئ والجواب
يؤخذ من الدليل المذكور
وهو أن التقليد كان معلقا
بالشرط فإن تعليق القضاء
والامارة بالشرط جائز بدليل
ما روى أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم بعث جيشا
وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم
قال ان قتل زيد فجعفر
أميركم وان قتل جعفر
فعباد الله بن رواحة أميركم
وكذلك تعليق عزل القاضي
بالشرط جائز كره في باب
موت الخليفة من شرح
أدب القاضي والمعلق بالشرط
ينبغي بانتفائه والفرق بين
القضاء والامارة والامارة
في أن الامام أو الامير إذا
كان عدلا ولا وقت التقليد

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله
في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رحمهم الله إذا قلنا الفاسق ابتداء يصح ولو قلنا وهو عدل
ينزل بالفسق لأن المقلدا اعتمد عدلته فلم يكن راضيا بتقليده دونها

البصاريون والسيديون ومعنى يسحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل إذا
ولى عدلا ثم فسق انعزل لأن عدلته في معنى المشروطة في ولايته لأنه حين ولاه عدلا اعتمد عدلته
فكانت ولايته مقيدة بعدلته فتزول بزوالها ولا شك أنه لو لم ذلك انعزل فإن الولاية تقبل التقييد
والتعليق بالشرط كما إذا قال له إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيا وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير
الموسم والاضافة كأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا
الأي قضية فلان أو لا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك إذ لا يلزم من اختيار ولايته لصالحه تقييدها
به على وجه تزول بزواله فلا ينزل وبه التقرر باندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي
الابتداء يجوز ولاية الفاسق في البقاء لا ينزل وانفقوا في الامرة والامارة على عدم الانزال بالفسق
لأنها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها لقوله صلى الله عليه وسلم حين
بعث البعث إلى موته وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعباد الله
ابن رواحة وهذه القصص مما اتفق عليه جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها
ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء
القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان
يحق أو يبطل أما في الحق فلأنه واجب عليه فلا يحل أخذه المال عليه وأما في الباطل فأظهر
وحكي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثه أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما
سواه وهو اختيار شمس الأئمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكره البرزوي وهو حسن لأن حاصل أمر
الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه
يحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني
والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء إذا كان
بعلمه ولا فرق بين أن يرتشى ثم يقضى أو يتقاضى ثم يرتشى وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث إلى شافعي لم يقضى
لا ينفذ قضاء الثاني لأن الاول عمل في هذه النفس حين أخذ الرشوة وان كان كتب إلى الثاني ليسمع
الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلده بواسطة الشفعاء كالذي قلده احتسابا في
أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان
دفع الضرر أو جلب المنفعة وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها لا أخذ أن يستأجره يوما إلى الليل
أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمل في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني وفي القضية قسم
الهدية وجعل هدايا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالهدايا للتودد وحرام من الجانبين

ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن يمتدني الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامراء من قد غلب وجار وأجازوا
أحكامه والصحابه تقلدوا الاعمال منه وصلا خلفه وأمام بني القضاء فإنه على العدالة والامانة وإذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة

(قوله والاول أظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لطفاء دلالة ما ذكره على الظاهرية (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول فيه بحث (قوله
والاول ثابت) أقول يعني قوله البقاء أسهل (قوله وامتناعه الخ) أقول يعني امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشروع في الهبة الخ)
أقول كما ذكره الواهب في البعض الشائع وأستحق البعض الشائع (قوله وأمام بني القضاء الخ) أقول إذا كان عدلا ولا وقت التقليد

(والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف أن ينسب الى الخطا فلا يهلك الصواب وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون فاضيا لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية) قال الخصاص القاضي يقضى باجتهاد نفسه اذا كان له رأى فان لم يكن له رأى وسأل فقيمأخذ بقوله (قوله فأماتقليد الجاهل فصحيح عندنا) بمحمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابل له المجتهد وسماه (٤٥٦) جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسباق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به

من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقههاء وهو المناسب لسباق الكلام وهو قوله (خلافا للشافعي) فانه علل له بقوله (ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود لتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو أن يصل الحق الى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره وبؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال أنفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سبيدي لسانك وثبت قلبك فما شككت

وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الدبائات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذارا للنسبة الى الخطا وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية فأماتقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم وانما أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصى على به وهو اصال الحق الى مستحقه

كالاهداه ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخر وهو أن يهدي ليكيف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ فالهنا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداه بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فشا يخضع على انه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فروع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخر لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين) وقد ظهرت خيائته للدين (وقيل يستغنى لانه يجتهد كل الجهد حذارا أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطا أو أما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنهم بالست شرطا للولاية بل الاولوية فأماتقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا للشافعي) وما لك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون فاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو اصال الحق الى مستحقه) ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الفقه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد برأي لا يلزمه اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمانه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا أيضا عن الغزالي توجيهه خلافه فيقدر في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم علميا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشي فانه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان به هذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال والافقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسنذكر سند حديث علي رضي الله عنه واعلم أن ما ذكره في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأى الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بفتى والواجب عليه اذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأي حنيقة على جهة الحكاية فعرى أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي لباخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدي فتوكتب

في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان علميا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد محمد

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقههاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لانه لا يحفظ شيئا من أقوال الفقههاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعني العلم بالاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالتحري) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم فصار كالتحري فانه لا يصل بتحري غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل

وينبغي للقلد أن يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

محمد بن الحسين ونحوهما من التصانيف المشهورة للجهتدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزومافها الى محمد ولا الى أبي يوسف لانهم تشبهوا في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالمهذبة والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا لا قايلا المختلفة للجهتدين ولا يعرف الحجة ولا قدرته على الاجتهاد للرجح لا يقطع بقول منها يقتضي به بل يحكمها المستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الا صوب ذكره في بعض الجوامع وعندى انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولها منها فان المقلد ان يقلد أي مجتهد شاء فاذا ذكر أحد ما قلده حصل المصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكي الكل فالأخذ بما يقع في قلبه انه الا صوب اولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى هذا اذا استفتي فقيهان أعني مجتهدين فاختلفا عليه الاوولى أن يأخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندى أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل اليه قلبه جلا لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد وأخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان أن يستوجب التعزيز فبلا اجتهاد وبرهان اولى ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحرر وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلده وعمل به والافقوله قلدت أنا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلا والتمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليل التقليد أو وعده لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزمام نفسه ذلك قولنا اؤنية شرعنا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاستأخوا أهل الذكر ان كنتم لا تعملون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله والغالب أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله) وينبغي للقلد وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو اقدر وأولى) لذيانته وعفته وقوته ودون غيره وبرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذوا من كان غنيا مثرى او ان احتسب فهو أفضل والاصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل كل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لانه عياله في زمن عمر رضي الله عنه أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر فرزق القباضي لا يقدر بشئ لانه ليس بأجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاوولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحارث بن المصنف عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو ارضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعب بحسين بن قيس فانه ضعيف وضعفه العفيل وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله

(نعم ينبغي للقلد أن يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلدا انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المسدوات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل

(قوله) فلا يلتفت الى ما قيل (الخ) أقول وقد مر في باب الاحرام من كتاب الحج

(قوله وفي حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير بمفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلاشته في القياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين (٤٥٨) نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أخذ الأمرين (صاحب قريحة) أي

طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدره ينتقل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطالب على ما يصلح أن يكون سببها من عرف أو عادة فان من الاحكام ما يبتنى عليها مخالف القياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولا بأس بالدخول في القضاء لثلاشته في نفسه أنه اذا نزل قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكنى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف ونهي عن المنكر واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنائز وغيرها

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلاشته في القياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكنى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف

عنه وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من أمر المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن قيمهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خارجها وأطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك يعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون ولو ولي لحكم المولى ثم جاء بكتاب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلاشته في القياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين ان على الاول نسبته الى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطة الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهم اقوال ولا شك في ذلك لانهما متضادان لان كونه أدري بالحديث من الفقه يضاد كونه أدري بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الأمرين جميعا وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار لئلا يتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويبتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامها من عبارتها وما اشارت لها وما دلالتهما واقتضاها وما باقي الاقسام ناسخها ومنسوخها ومناطها أحكامها ومشرط القياس والمسائل المجمع عليها لثلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقبس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد فمن أنقن هذه الجملة فهو أهمل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الدلالة ولا يقلد أحدا (قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف)

اما

وأجيب بانه كذلك الآن فيه خطر الوقوع في المحذور

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبر ويجوز أن يكون حالا وان يكون صفة بل هو أولى (قوله من عرف أو عادة) أقول للتخصيص في التعبير (قوله وتعاطى العجين) أقول أي استقرضه فان القياس يأبى جوازه لعدم إمكان معرفة المساواة فله عدم إمكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنسنا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فله تأمل

فكان به بأس قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كرهه الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطاً أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وأما عسر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطة بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أوله على مطالبته بكذا فإن قضيت لي فلك كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختاراً سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً لا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تغلقت انفتحت الناس فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال رأيت لأمرت أن أغبر البحر - بأخيه كنت أقدر عليه وكأني بك فاضيا وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تغلظ واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر المصنف في الشهادة في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لأن السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبإل التفتة لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره جاء وعظمته لكن في باطنه هلاك وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لأحد أن يردري هذا اللفظ كي لا يصيبه (٤٥٩) ما أصاب ذلك القاضي فقد حكى أن

قاضيا روى له هذا الحديث فإذ رواه وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه أذعطس فأصابه المومي وألقى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسئلة لا بأس به وقال (الترك عزية لأنه قد يخطئ ظنه)

قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطاً لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً القوله عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزية فلهذا يخطئ ظنه ولا يوفق له أولاً لا بعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة إذا كان هو أهلاً للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقليد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد

أما إن العصاة تغلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنهم الرواية أبي داود عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء قال فارتقت قاضياً وما شككت في قضاء بعد ورواه أحمد وأصحق بن راهويه والطبراني والحاكم وقال صحيح الإسناد وأخرجه ابن ماجه وفيه فضر بصدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه أيضاً الحاكم في المستدرک عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم علياً رضي الله عنه إلى اليمن فقال عليهم الشرائع واقتض بينهم الحديث وصححه ثم قلد على شريحاً الامام وأما انه فرض كفاية

فما اجتهد (ولا يوفق له) إذا كان مجتهداً (أو لا بعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة) إن كان غير مجتهد وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه أصح وأسلم لديه لأنه يلتزم أن يقضى بحق ولا يدرى أن يقدر على الوفاء به أولاً ولا يترك الدخول صيانة لنفسه وهذا إذا كان في البلد غير ممن يصلح للقضاء (فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (وإخلاء للعالم عن الفساد) في الحدود ودوا القصاص فإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أتموا أن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والأفلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشترى كوا في الأثم لادائه إلى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله فكان به بأس) أقول سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى لبس مجرى على عومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطاً أي وسيلة إلى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فإن شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطاً لصدق تعريفه عليه فتأمل (قوله لا ترى أن أبا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرهاً لا يرى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لأنه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فإن المجتهد إذا أخطأ تائب وعندى الأصوب أن يقال فلهذا يخطئ ظنه أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضى بالحق فلهذا يخطئ أذ ربما يظهر الطمع للكامن الذي كان غافلاً وغير ذلك من الغضب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف (قوله أن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي

قال (و ينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم

قال (و ينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغي له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف أي فوض أمره إليها ومن فوض أمره إلى نفسه لم يمتد إلى الصواب لأن النفس أمارة بالسوء لأن من طلب القضاء فقد اعتمد فقهاء وورعه وذكاه وأعجب فيحصرم التوفيق وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالأكرام على ما لا يحببه ورضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

فقد قد مناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الحيف أي الجور أو عدم إقامة العدل كرهه الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره حينئذ وإن أمن أبج رخصة والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا إذا لم تنحصر الأهلية فيه وإن انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه إلا أن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات وينفرغ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وحكي أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعاه من يسوي له لحيته فيمنها هو بحلق له تحت لحيته في حلقومه اذعطس القاضي فألقى موسى رأسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال الجرعيني فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كائن بك فاضيا وقول أبي حنيفة كقول أبي قلابة ما وجدت القاضي إلا كساح في بحر فكيف يسبح حتى يغرق وكان دعي للقضاء فهو يهرب حتى أتى الشام فوافق موت فاضيا فهو يهرب حتى أتى البصرة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن نيفا وثلاثين يوما ونيفا وأربعين يوما ليتقلده وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال النيم وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء ثلاثة أثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق ففوض به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق ففوض للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعي بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقي من شدة الحساب ما يمتني أنه لم يقض بين اثنين في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جى به يوم القيامة مغلوله يده إلى عنقه فان حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شددت يساره إلى يمينه ثم رمى به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عني وبين القضاء لا اخترت ضرب عني وأخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يوم نوبه بالقضاء فقال أنهم نوثني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها بعد من عدن أيين وأما ما في البخاري سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي مجيئه أولا مغلوله يده إلى عنقه إلى أن يفكها عدله فيظلمه الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله) وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل إلى نفسه الخ) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذي أيضا على أنس مرفوعا من ينبغي القضاء وسأل فيه شفعا وكل إلى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث اسرا ئيل يري يدسندا لاول وأصح من الكل

(قوله ثم يجوز بالتقليد)

تفريع على مسألة القدوري
يتبين أنه لا فرق في جواز
التقليد لاهل بين أن يكون
المولى عادلا أو جائرا فكلما جاز
من السلطان العادل جاز
من الجائر وهذا لان الصعابة
رضي الله عنهم تقلدوا القضاء
من معاوية وكان الحق مع
علي رضي الله عنهم في نوبته
دل على ذلك حديث عمار
ابن ياسر وأما قيد بقوله (في
نوبته) احترازاً عما يقوله
الروافض ان الحق مع علي
رضي الله عنه في نوبته أبي
بكر وعمر وعثمان رضي
الله عنهم أجمعين وليس
الامر كما قالوا بل أجمع الامة
من أهل الحل والعقد على
صحة خلافة الخلفاء قبله
وموضع باب الامامة في
أصول الكلام وعلماء
السلف والتابعين تقلدوه
من الجحاح وجوده مشهور
في الاتفاق وقوله (الا اذا
كان لا يمكنه من القضاء)
استثناء من قوله يجوز التقليد
من السلطان الجائر فإنه اذا
كان لا يمكنه من القضاء
(لا يحصل المقصود بالتقليد)
فلا فائدة للتقليد (بخلاف
ما اذا كان يمكنه)

(قوله احترازاً عما يقوله
الروافض) أقول ويحتمل
أن يكون احترازاً عن
خلافة معاوية استقلالاً

(ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصعابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية
رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح وكان جائراً
الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه

حديث البخاري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان اوتيتها
عن مسألة وكالت اليها وان اوتيتها عن غير مسألة أعنت عليها واذا كان طلب الولاية أن يوكل الى نفسه
وجيب أن لا يحصل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله ويجوز التقليد من السلطان
الجائر كما يجوز من العادل لان الصعابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد
علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح) هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه
لا في قضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام
عام المحاجة واستتقصى معاوية بأب الدرداء بالشام وبهامات وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فيمن
يولي بعده فأشار عليه بقضائه ابن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته نوبة علي التي ذكرها
المنصف هي كونه رابعاً بعد عثمان وقيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض انه كان أحق بها في سائر النوب
حتى من أبي بكر رضي الله عنه وأما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وان عقاده شافك كان على
الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار ستقتلك الفئة الباغية
وقد قتله أصحاب معاوية بصريح بانهم بغاة ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد
البرقي الاستيعاب قال قالت رضي الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيرتي قال
رأيت رجلاً غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت أما والله لو لم يمتني ما خرجت وأما الجحاح فعاله معروف
في تاريخ البخاري بسنده عن أبي اسحق قال كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الجحاح
وجعل أخاه مكانه وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال استتقصى الجحاح أبا بردة بن أبي موسى وأجلس
معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الجحاح بعده بستة أشهر وفي تاريخ أصحابنا للعافظ أي
نعيم عبد الله بن أبي مريم الأموي ولي القضاء بأصبهان للجحاح ثم عزله الجحاح وأقام محبوساً بواسط فلما
هلك الجحاح رجع الى أصبهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلمحة بن عبد الله
ابن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندي ابن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية
على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضي الله عنهم وقوله (الا اذا كان
لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل
من التقليد) حينئذ وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد
المسلمين غلب عليهم الكفار كفرطبة في بلاد المغرب الا أن بطنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم
على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيؤلى قاضياً أو يكون هو الذي
يقضى بينهم وكذا ينصبوا لهم اماماً يهتدى بهم الجمعة في فروع في العزل للسلطان عزل القاضي بريبة
وبلار بريبة ولا ينزل حتى يبلغه العزل وينزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي ينزل نائبه وكثير
من المشايخ على أن النائب لا ينزل بعزل القاضي لانه نائب السلطان وينزل القاضي بعزله نفسه اذا
بلغ السلطان ومالم يبلغه لا ينزل كعزل الوكيل نفسه لا ينزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينزل القاضي
بعزل نفسه لان قضاءه صار حقالا لعمامة فلا يملك انطاله وعن أبي يوسف لا ينزل بعزل السلطان حتى يأتي
قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضي اذا عزل نفسه بشرط علم القاضي ويجوز تعليق
العزل بالشروط ومن صورده اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابي هذا فانت معزول لا ينزل حتى يصل
اليه الكتاب ولم يجوز تطهير الدين تعليق العزل وليس بشيء وينزل خلفاء القاضي بموته ولا ينزل امرأه

قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ) من تولى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرهما من المحاضر والصلوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها أى السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يدهم له ولاية القضاء والا لتفقد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبيئة حجة لانها تقول اليها بالتذكير ثم البياض أى الذى كتب فيه الحادثة ورقا كان أو رقلا لا يخلو عن أمور ثلاثة اما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تقول وقوله في الصحيح في صورتين (٤٦٢) احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم

أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه أو وهبه ولكن الصحيح فيها ما ذكر (قوله وبيعت أمينين) بيان لكيفية التسليم وهو أن يبعث المولى رجلين من ثقائه وهو أحوط والواحد يكتب (فيقبضها بحضرة المعزول أو أمينه وبسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كي لا يشتبه على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها الماسكات موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان ترك مجتمعة تشتبه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك

قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يدهم له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تقول وقوله في الصحيح في صورتين (٤٦٢) احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه أو وهبه ولكن الصحيح فيها ما ذكر (قوله وبيعت أمينين) بيان لكيفية التسليم وهو أن يبعث المولى رجلين من ثقائه وهو أحوط والواحد يكتب (فيقبضها بحضرة المعزول أو أمينه وبسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كي لا يشتبه على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها الماسكات موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان ترك مجتمعة تشتبه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك

كتب

المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك

(قوله والا لتفقد) أقول يعنى فائدتها المطلوبة منها (قوله لانها تقول اليها بالتذكير) أقول لم يذكر البيئة لان الحجة عند قيام البيئة هي البيئة لا الكتاب الشرعى بخلاف صورة التذكير فانه لما كان سببا للتذكير الذى هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل فان في عبارة قول اليها فوقع سهو عما قلنا ولكن الامر سهل بقی ههنا بحث لان الحجة بالتذكير انما تكون بالنسبة الى القاضي الذى وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة في تسليم القاضي الجديد اياها (قوله لانه ملكه أو وهبه له) أقول لو اقتصر على قوله لانه ملكه لانظم صورتين وانما ذكر قوله أو وهبه له تنبيها على طريق تملكه انما يجزئ على بعض الافهام فتأمل ثم قوله لانه ملكه أى في الثاني وقوله أو وهبه أى في الاول

(وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (للكشف الحال لا للالزام) فإنه بالعزل التحقق واحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبض ذلك بختمان على ذلك احترازاً عن الزيادة قبل قوله وهذا السؤال للكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثاني وهو ما ليس كذلك وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها وقوله شيئاً فشيئاً منصوب بعامل مضمير يدل عليه قوله ويسألانه أي يسألان شيئاً فشيئاً عنها وليس بشئ لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول والأولى أن يجعل حالا بمعنى مفصلاً كما في قوله تبينت له حسابه بابا بابا قال (ويتنظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظراً) لأمور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصوصهم (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) وحسبه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار روي الواجد يحل عرضه وعقوبته أي حبسه (ومن أنكركم) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالبيينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه) فإن قامت البيينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس إقبام الحجة وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك (وإن لم تقم بيينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس (٤٦٣) أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق (لم يجعل

بخلته حتى ينادى عليه) أي ما إذا جلس يقول المنادي أن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فليحضر فإن حضر والا فز رأى القاضي أن يطلقه فإن لم يحضر لرجل منهم خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهر فلا يعجل بالتعليق ويستظهر أمره كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير لجوار أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر والفرق لا يخيصة رجاء الله في أخذ الكفيل هذه وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخأ هناك كفيلاً على ما ينبغي

وهذا السؤال للكشف الحال لا للالزام قال (ويتنظر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظراً (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكركم) يقبل قول المعزول عليه إلا بيينة (لأنه بالعزل التحقق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه) (فإن لم تقم بيينة لم يعجل بخلته حتى ينادى عليه ويتنظر في أمره) لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يعجل كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير

كتب أو قافهم بل إذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال للكشف الحال) لا للزوم العمل بقتضى الجواب من القاضي فإنه التحقق بسائر الرعايا بالعزل ثم إذا قبضه ختماء عليه خوفاً من طرأ التغيير وأما ما قيل بكتبان عدد ضياع الوقف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة فإن كتب الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوادث محدودة (قوله ويتنظر في حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهو لا يمسكون محبوسون ولا بد أن ثبت عنده سبب وجوب حبسهم وثبوتة عند الأول ليس حجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء لأن قول الأول لم يبق حجة (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) ورده إلى السجن الآن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال وكذا من أنكركم وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلاً وأطاعتهم حتى يتنظر في حالهم فإن ظهرت عدالة الشهود رده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التحقيق) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة) موجهة للعمل (لا سيما وهي على فعل نفسه) وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أحد قبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضاً لا بحجة (وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بيينة) بما وجب حبسه (لا يعجل) بإطلاقه (لأن فعل القاضي ظاهراً) ما كان (الاجح) فيحاط لخصمه الغائب

أن في مسألة القسمة الحق للوراث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوتة لغيره شك فلا يجوز تأخير الحق لأمر موهو

(قوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينة فالسؤال ههنا مضاف إلى مفعوله (قوله قبل قوله وهذا السؤال للكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أي يستعطيان القاضي المعزول نوعاً من الخرافات فنوعاً آخر بعده منسلاية تعطيان أو لاخرية السجلات ثم خريطة الصكوك وعلى هذا هذا السؤال للكشف الحال أو الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلدا القضاء يسأل ديوان القاضي فأنهم (قوله شيئاً فشيئاً منصوب) أقول بمعنى منصوب على المفعلية (قوله لأن الإقرار روي الواجد يحل عرضه الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبي عليه الصلاة والسلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته انتهى فإن قيل من أين علم أنه واحد قلنا من حبس القاضي المعزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم بسار لم يحسبه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه إلا بيينة) أقول فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البيينة لا قول المعزول (قوله فإن يحضر صاحب الخصم الذي أقامه بعد الداء لا يملك ما يصدره أقداً في نفسه القضاء لئلا يشك هذا الكتاب

وأما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذلك في المحيط الصحيح ان أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كتميل الى أولا أعطى كفيلا فانه لم يجب على شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيعمل في المذكور على) حسب (ما تقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده) لانه لا بد له من حجة (وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة الآن يعترف ذو البدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصبح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيده مودع كيد المودع (الا اذا أذو اليد بالقرار لغير من أقره القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي) والحاصل ان

هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشيء مما أقر به المعزول أو ويجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أو لا تبعله واما ان يقول دفعه القاضي الى ولا أدري لمن هو وحكمه كحكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل واما ان يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان غير من أقره القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد له فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر أنه

فلان وهو لا يصح واما ان يقول هو لفلان غير من أقره القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر فحينئذ وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمة ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضي وبأقراره لغير من أقره القاضي أنلف المال على من أقره القاضي فكان ضامنا للمثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهمد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ أذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له قوله فان الحق للغائب ثابت بيقين) أقول اطلاق اليقين على ما ثبت نظرا الى الظاهر ليس على الحقيقة كالا يخفى (قوله ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له) أقول يعني ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور في الكتاب أولا الخ) أقول فيه تأمل فان المذكور في الكتاب أولا الاختصاص له بما ذكره بل يتم الصورتين الأخيرتين أيضا

فيناى عليه وصفته أن يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادى في محله من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضي يفعل ذلك أياما فاذا حضر ودعى وهو على جحوده ابتداء الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق لغائب وأما رنه انه في حبس قاض والظاهر انه بحق فان قال لا كتميل الى وأبي أن يعطى كفيلا وجب أن يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فيناى شهر اقل لم يحضر أحد أطلقه وقبل أخذ الكفيل هنا قوله ما أعما على قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث اذا قسموا على ماسياتي والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لأبي حنيفة ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخره فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر أن حبسه بحق اظهر أن فعل القاضي بحق وأنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فبالنظر الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله انى مظلوم حتى تضى مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جريدا (قوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف) السكينة تحت أيدي أمناء القاضي والذي في ديارنا من هذا أن أموال الاوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البينة) انه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هو في يده اذا أنكرو وقال هي لى الابينة (لما بينا) انه الحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يكتب في يقول في الالزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو أخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله (الآن يعترف الذي في يده أن) القاضي (المعزول سلمها اليه)

أقول اطلاق اليقين على ما ثبت نظرا الى الظاهر ليس على الحقيقة كالا يخفى (قوله ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له) أقول يعني ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور في الكتاب أولا الخ) أقول فيه تأمل فان المذكور في الكتاب أولا الاختصاص له بما ذكره بل يتم الصورتين الأخيرتين أيضا

فأما في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول أن كان باليد يختار إبطال ما بعده والا فلا وذلك لأن الإقرار عن لابتدأ لصدوره عن الأجنبية عن المقر به فاسد فإذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثاني لصدوره عن لا علمك واذ أقر بالملك لغيره بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يرد أن يبطل (٤٦٥) الأول وليس له ذلك لكونه إقرارا في حق

غيره ولكنه يسمع في حق المدعى لكونه أقر - راراعلى نفسه بالتلاف، حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا طاعرا في المسجد الخ) الخا ثم يجلس للقضاء جلوسا طاعرا في المسجد كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الخا ثم يجلس للقضاء جلوسا طاعرا في المسجد كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرفق بالناس قال الامام على السبزوئي هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة وأما إذا كان في طرف منها يختار مسجد في وسطها كي لا يلحق ببعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي رحمه الله بكرة الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى اغماضوا المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيتم تقديم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يذكره الأول وكره الثاني ولنا ما روى

قال (ويجلس للحكم جلوسا طاعرا في المسجد) كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وقال الشافعي رحمه الله بكرة الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اغماضوا المشركين فذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة

فحينئذ ما أن يقول سلمها إلى ولا أدري لمن هي أو يقول سلمها لي وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقره القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيهما لأنه ثبت بإقرار من في يده أن اليد فيها كانت للقاضي فيقبل إقرار القاضي فيها كالأمر كانت في يده حال إقراره أو يقول دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل فلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به لأنه أقر باليد للقاضي فصار كأن المال في يده فأقر به لواحد وأقر به هذا الرجل لا آخر وفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا أو بدأ بالإقرار فلان فقال هو فلان بن فلان ثم قال دفعه إلى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم إلى من أقره الأمين ويضمن مثله أن كان مثليا أو قيمته للمعزول في دفعه المعزول إلى من أقر به لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولمز لأنه أقر بما هو في يده فلما قال دفعه إلى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لغيره من أقره وبه له فيصير هو متلف لذلك على من أقره القاضي بإقراره لغيره فيضمنه هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم ويحسد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه بقبول يؤخذ ذالمال لمن ذكره وكذا الوصيات الأولى واستتضي غيرهم فشهد بذلك ففرع بناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضي قضى فلان على فلان بكذا وقال القاضي لم أقض بشئ لا يجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم جلوسا طاعرا كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين) وفي الخلاصة ولا يتبع نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار وكذا المفتي والفتية (والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر) ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة قال فخر الإسلام هذا إذا كان الجامع في وسط البلد أما إذا كان في طرف منها فلا لزوم زيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له فالأولى أن يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان الآن الأولى ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه (وقال الشافعي بكرة الجلوس في المسجد للقضاء لأنه) أي القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى اغماضوا المشركون نجس فلا يقربوا المسجد (والحائض وهي ممنوعة عن دخوله) ولأن المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تنظر بالمعاصي كثيرا من الميادين الغموس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث الأعمش عن حديث سهل بن سعد وفيه فلا غنا في المسجد وأنشأه ولا بد من كون أحدهما كاذبا حاشا في عين غموس وفي الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبي حذرد دينا كان له عليه في المسجد فارفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف سحفة حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فأشار بيده أن يضع الشطر

(٥٩ - فتح القدير خامس) أنه صلى الله عليه وسلم قال اغماضوا المشركين المساجد ذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة

(قوله وروى عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى) أقول يعني أنه قال والمسجد عطا على الكلام السابق

ونجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت المحصورة في الدابة ولو جلس في داره لأبأس به وبأذن للناس بالدخول فيها

(قوله ونجاسة المشرك)

جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهره فإنه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الرفود في المسجد (فلا يمنع من دخوله) إذا لا يصيب الأرض منه شيء (والحائض تخبر بحالها) فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت المحصورة في الدابة) فإن قيل يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لاتعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها (ولو جلس القاضي في داره لأبأس بذلك) قال الامام فخر الاسلام إذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فإذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول إليها لان لكل أحد حق في محله

من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبراني مسنداً إلى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبنا يوم الجمعة إذا أتى رجل فخطبى الناس حتى قرب إليه فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على الحد قال ما حدك قال أتيت امرأة حراماً فقال صلى الله عليه وسلم لعليّ وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيس يا رسول الله ألا تجد التي خبثت بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال فلانة فدعاها ثم ألقاها فقال يا رسول الله كذب على والله أتى لأعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك فقال يا رسول الله مالي شاهد فأمر به فجلد الحد الفرية ثمانين جلدة وأما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما ما وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئاً كثيراً في البخاري لآعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسند الامام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك فما قيل انه غريب مبنى على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بنده إلى أربعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضى في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى في المسجد وكان قدولى قضاء المدينة وإلى محمد بن عمر قال لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرأة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولي أبا طالة القضاء بها فكان يقضى في المسجد قال أبو طالة ثقة يروي عن أنس بن مالك وإلى اسمعيل بن أبي خالد قال رأيت شريحاً يقضى في المسجد وإلى الاسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يقضى في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهوراً وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو انكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف انما حديث المساجد لكر الله والحكم فلم يعرف وانما أخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام بيول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتر كوه حتى بال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لاتصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال وأمر رجال من القوم فدعاهم لولم ما فشنه عليه وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه (والحائض تخبر بحالها) فيخرج القاضي إليها القاضي أو يرسل نائبه (كلوا كانت الدعوى في دابة ولو جلس في داره فحسن به) شرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحد من الناس لان لكل أحد حق في محله وعلى قياس ما ذكرنا في المساجد الأولى أن يكون في وسط البلد وفي المتوسط ولا يقضى وهو عشي أو يسير على دابته لانه إذا كان غير معتدل الحال ولم يبق فيه من الاستقامة بالقضاء لانه مشغول بما هو فيه ولا بأس بأن يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي أن لا يقضى وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو فاس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الاخبثين أو به حاجة إلى الجماع والحاصل انه لا يقضى حال شغل قلبه وأصله حديث لا يقضى القاضي وهو غضبان معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل يحثين فأكثر إلا أن يكون الناس قليلاً ولا يقدر رجلاً لا جاء إلا آخر قبله ولا يضرب في المسجد حداً ولا

(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (اذني الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم له أو بمن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أمانه لا يقبل الهدية فلائنه من جواب القضاء اذ لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن أبي جريد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الأزد يقال له ابن النبتة على الصدقة فلما قدم قال هذا الكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل اجلس في بيت أبيه أو بيت أمه (٤٦٧) فينظر أي هدي له أم لا واستعمل

عمر بن زبني الله عنه أباه ريرة رضى الله عنه فقدم بحال فقال من أين لك هذا فقال تناجيت الخيلول وتلاحقت الهدايا فقال أى عدو الله هلا فعدت في بيتك فتتظر أي هدي اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال ففرعنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصوصية له فانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبرة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول بمن جرت عادته قبل القضاء بهاداته ولم يزد فانه ليس بأكل على القضاء بل هو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصوصية والحاصل ان الهدى للقاضي اما أن يكون ذا خصوصية أولا والاو لا يجوز قبول هديته مطلقا

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم أو بمن جرت عادته قبل القضاء بهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك بصيرا كلابة ضائه حتى لو كانت للقرىب خصوصية لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد وكانت له خصوصية لانه لا جمل القضاء فيه تمامه

تعزيرا (و) ينبغى أن يجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة الرشوة والظلم وروى أن عثمان رضى الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصعابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر وعثمان وعليه حتى قال أجد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخله حصص في قعودهم عنده أو شغله عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس يختلفونهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصص جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغى للقاضي أن يعتذر للقضى عليه وبين له وجه قضائه وبين له انه فهم بحجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضى القضاء عليه فلم يكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكاية الناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يجمع يخل فربما تفسد العامة غرضه وهو يرى عواذ ما يمكن إقامة الحق مع عدم اغار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن الهدى اياه خصوصية أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بهاداته أو ذا رحم محرم وان لم يكن خصوصية فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغى أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام أن يكون مال المهدي قد زاد بقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لأبأس بقبولها وهذا يقتضى أن لا يقبل الهدية من القرىب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقرىب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل وعبرة الهدية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم أو بمن جرت عادته قبل القضاء بتقيد قبولها من القرىب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذ لم تكن خصوصية والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسألة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القرىب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القرىب الذي ليس له عادة بهاداة قبل القضاء ان كان ذلك افقر ثم أبسر بعد ذلك بعد ولا يهقر بيه فصار يهدى اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قبل بضعها في بيت المال لانها بسبب عدم له لهم وعامتهم على أنه يرد على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاهما وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط

أى سواء كان قريبا أو مهابدا قبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قريبا أو بمن جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء فيهما ماله والاو يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما زاد مالا لا يقدر ما زاد في المال لأبأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ماله ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يرد على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو يعرفهم الا ان الرد يتعذر لانه يهدى بضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدي اليه لعله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) قبل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقبل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف (٤٦٨) أن الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وإطلاق لفظ القدروري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أنه يجب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق بينهما بين الضيافة والهدية حيث يجوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز أحضوره دعوته إن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهم مادية ولا مهادة قبل القضاء وإنما أحدث بعده وما ذكره في الهدية محمول على ما إذا كان بينهم مادية قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الإسلام أبو البسر إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يحجب القاضي دعوته وإن كانت عامة لانه يؤدي إلى إزاء الخصم الآخر أو إلى التهمة قال (ويشهد الجنائز ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنائز ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ستة حقوق روي

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قوله ما وعن محمد رحمه الله أنه يجب وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنائز ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعندها من أن يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من الأزد يقال له ابن اللثبة على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام لا تجلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيمى له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة فقدم على فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو لله لا فقهت في بيتك تنتظر أيمى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض المقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقرضه فأهدى إلى المقرض فلا مقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه به بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة) يعني ولا خصومة لصاحب الولاية العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال الخصاص يجب الخاصة لقريبه بخلاف صلة الرحم وعلى تقدير الخلاف طوبى بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقاً ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الإسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجز بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبى سواء وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء فإذا أهدى بعد القضاء لأبأس بقوله انتهى فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك إلا مكان الذي قدمناه واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها (والعامة) هي التي يتخذها حاضرها القاضي أولاً وعندى أن ما حكى عن القاضي أبي علي النسبي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواه خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمرو لم يعرف من اصطنع طعاماً ما ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا هاتين الخاصتين أو لخصوص من الناس ولأنه أضبط فأن معرفة كون الرجل لولم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسبي والله أعلم وعند الشافعي وأحمد يحضر الولائم مطلقاً لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي كان يقضى قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يحضر حضور ولا يقول هدية فلقد أبدت (قوله ويشهد الجنائز ويعود المريض) المراد مريض لا خصومة له ولا يعوده وإنما وجب ذلك لما روي مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتسميت العياطس واجابة الدعوة وعبادة المريض واتباع الجنائز وإذا استعصمك فانصحه فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه وإذا

أن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجبا عليه إذا دعاه أن يجيبه وإذا مرض أن يعود و إذا مات أن يحضره وإذا القيه عطس أن يسلم عليه وإذا استعصمك فأنصحه وإذا عطس أن يشمتك كذا في تنبيه الغافلين

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام نهي عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه (ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (واذا حضر اسوي بينهم الخ) اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فان كان أحدهما من ولده والاخر فقيرا أو كانا أبوابنا (٤٦٩) يسوي بينهم في المجلس فيجلسان

بين يديه على الارض لانه لو أحلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتفوت التسوية ولو أحلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان إلى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهم ما كى لا يكون مفضلا لأحد الخصمين على الاخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولده وكذلك يسوي بينهم ما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلى أحدكم بالخصم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا برأسه ولا بهاجمه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كاهة) وعليه الاحتراز عنها (ولان فيه كسر القلب الاخر فيخصه عن طلب

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن ذلك ولان فيه تهمة قال (واذا حضر اسوي بينهم ما في الجالس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترى على خصمه (ولا يعازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بهما بالقضاء

عطس فحمد الله يشتمه وروى البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الا فريقي قال **كنا** غزاة في البحر زمن معاوية فأنضم مركبنا إلى مركب أبي أوب الأنصاري فلما حضر غداؤنا أرسلنا اليه فأتانا وقال دعوتوني وأنا صائم فلم يكن لي بد من أن أجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على أخيه ست خصال واجبة ان ترك شيأ منها فقد ترك حقاً واجباً عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويحييه اذا دعاه ويشتمه اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات ويتعصمه اذا استعصمه ولا يدم من أجل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندباً أو وجوباً بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الاخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما قال اني أريد أن أخاصم قال له علي رضي الله عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولان فيه تهمة) المبل (قوله) واذا حضر اسوي بينهم ما في الجالس والاقبال لما روى اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا بقية بن الوائلي عن اسمعيل بن عياش حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الاخر وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظة وشارته ومقعده وروى عن عمر رضي الله عنه انه كتب إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن أس بين الناس في وجهك وكذلك ومجلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يياس ضعيف من عدلك (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترى بذلك على خصمه ولا يعازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بهما بالقضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس أحدا عن يمينه والاخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبابكر دون عمر وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير قد أحلس عمر وبن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الأرض الأرض فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي

حقه فيتركه وفيه اجترام من فعل به ذلك على خصمه (ولا يعازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بهما بالقضاء) وينبغي أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن أسافة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلو ا زمن الجلوة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أقسم بكذا وكذا وهذا لأنه اعانة لأحد الخصمين فيكره
كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر له مائة المجلس
فكان تلقينه أحياء للعق بمنزلة الأشخاص والتكفيل

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن
يقول القاضي ما يستفيد
به الشاهد علماء يتعاق
بالشهادة مثل أن يقول
أقسم بكذا وكذا مكره
لأنه اعانة لأحد الخصمين
فيكره كتلقين الخصم وهو
قول أبي يوسف الأول ثم
رجع واستحسن التلقين
رخصة في غير موضع التهمة
لأن القضاء مشرع ولا يحيا
حقوق الناس وقد يحصر
الشاهد عن البيان لمائة
مجلس القاضي فكان في
التلقين أحياء للعق بمنزلة
الأشخاص والتكفيل وأما
في موضع التهمة مثل أن
ادعى المدعي ألفاً وخمسمائة
والمدعي عليه ينكر خمسمائة
وشهد الشاهدان بألف
فالقاضي أن قال يحتمل
أنه أبراه من الخمسمائة
واستفاد الشاهد علم بذلك
ووفق في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز
بالاتفاق وتأخير قول أبي
يوسف يشير إلى اختيار
صنف رحمه الله والأشخاص
هو إرسال الرجل لأحضر
الخصم

(قوله تلقين الشاهد إلى
وله مكره لأنه اعانة الخ) أقول
تلقين الشاهد مبتدأ وقوله
مكره وخبره

بينهما وبهذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضياً على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح
مع علي فانه قام فأجلس علياً رضى الله عنه بمجلسه وبنى للخصمين أن يجنوا بين يديه ولا يترعان ولا
يقعبان ولو فعل ذلك منعهما القاضي تعظيماً للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً له فيكون
بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعاً أصواتهما أو يسند القاضي ظهره إلى الحراب وهذا
رسم زماننا قالوا وهو أحسن لأنه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاص وغيره فكان
القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون
أهيب وإذا حضر القاضي بالخيار أن شاء ابتداء فقال مال كما وان شأركهما حتى يتدثما بالنطق
وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهم ما فإذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى
يفهم حجته لأن في تكلمهما معاشعاً وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وإن لم يسأل المدعي
ذلك وقيل لا إلا بعد سؤال المدعي بأن يقول أسأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له جهتها ولا قال قم فصيح
دعواك وإذا جئت الدعوى يقول فإذا تريد أن أصنع فإن قال أريد جوابه سأله والاصح عندنا أنه
يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهن واختار
محمد أن يقدم الدعوى الأول فالأول وبضع على ذلك أمينا لا يرثي يعترفه السابق وليكره على باب
القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق بقرع بينهم ولا يستعمل على الخصوم بل يتهم معهم فإن
بالجملة تنقطع الحجة ويذهل عنها وهذا لا يخوفهم فيكون مهيباً لانتخافه الناس وأنكر الأئمة ما رأوا من
أخذ ذنوب القاضي شيئاً يمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هذا فساد عظيم ليس لأحد أن يمنع أحداً من
التقدم إلى باب القاضي في حاجة والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقام حال الذي يسمى
في زماننا ققيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه
معهم سوط يقال له الجلاوز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود يقرب من القاضي
والمأخوذ على أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفاً بل أن يجلس معاً على ما ذكرنا فلهذا أيضاً من
المحدثات لما فيه من الحاجة إليه وعن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان إذا سافر استحب رجلاً سيئ
الأدب فقيل له في ذلك فقال أما علمت أن الشر بالشر يدفع والمقصود أن الناس مختلفوا لأحوال والأدب
وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعزل عن قضى الحلال مراد به الخيل لا حشمة النفس المؤدى إلى
الاجباب والأحوال ولا قوة إلا بالله ويستحب أن يكون فيه عسبة بلا غضب وإن يلزم التواضع من غير
وهن ولا ضعف ولا يترك شيئاً من الحق ويتخذ كاتباً أميناً صالحاً يكتب المحاضر والسجلات عارفاً بما
يلايق السجل فاسداً بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر وبه عده
حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء
بمخلاف عرف العادة اليوم عصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاماً يستفيد
به الشاهد علماء عليه الأئمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجهه لا شافعي لا بأس به لمن استولته الحيرة
أو الهبة فترك شيئاً من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أقسم بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع
التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعي ألفاً وخمسمائة والمدعي عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف
فيقول القاضي يحتمل أنه أبراه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علماً فوفق به في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قاله عزيمه لأن القاضي

فصل في الحبس

منهى عن اكتساب ما يجزئ به تهمة الميل وثائق الشاهد لا يخلو منه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء شاهداً له الحصر عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهبط فيضيع الحق اذالم يعنه - على أداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة وايضاً امر باكرام الشهود فان الله يحبهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله عزله الاشخاص هو ارسال شخص لباي بجمعه به يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حدمنع قيل وتأخر قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه دليل الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفى كونه آخر دليله في ذلك وفي فتاوى قاضيان لا ينبغي للقاضى أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الائمة الثلاثة وعن أحمد بن حنبل وكذا لا يعرف انه وكيل القاضى فحرز عن المحابة بشرط شريح على عر حين ولاه لا أبيع ولا اشتري ولا أرثى وقال بعض أشياخ المالكية ينبغي للقاضى أن يرتفع عن طلب العوارى من الماعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشترى في غير مجلس القضاء وينبغي الخصوم اذا واصلوا أن لا يسلموا على القاضى فاذا سلموا لا يجب على القاضى رد سلامهم فان رد بقصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن نيابة والله الموفق

فصل في الحبس أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس الأنة اختص بأحكام كثيرة فأفرد به فصل على حدة والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى أو ينفوا من الارض وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة وذكر الخصاص ان ناساً من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتلة لا بيعت اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجيناً انما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشتري عر رضى الله عنه دار بجدة بأربعة آلاف درهم واتخذ محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضاً الى زمن على رضى الله عنه فبناه وهو أول سجين في الاسلام قال في الفائق ان علياً بنى سجيناً من قصب فسماه نافعا فقبه اللصوص وتسبب الناس منه ثم بنى سجيناً من مدر فسماه محبسا وفي ذلك يقول على رضى الله عنه ألا ترائى كيسان مكيسا * بنيت بعد نافع محبسا * بابا حصينا وأميناً كيسا

والحبس مـ وضع القهيس وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الامـ ور والمكيس المنسـوب الى الكيس وأراد بالاميين السجنان الذى نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا ليلة ولا الجمعة ولا الصلاة جماعة ولا الحج فريضة ولا الحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلة بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغي أن يكون سوا ما خشنا ولا يسهل له فرائس ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل بالمارة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حق آدمى بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذالم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعـل ذلك وسئل محمد عما اذا مات والد أخرج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماعة تدخل زوجته أو جارية فيطوئها حيث لا يطلع عليه وقبل يمنع منه لان الجماعة ليس من الخواص الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه لاسلام عليه لانه قد يفضى الى المفصود من الایفاء مشورتهم ورأيهم -م ويعنون من طول المكث والمال غير مقدري الحبس فيحبس في الدرهم ومادونه لان ظلمه يتحقق بمنع ذلك

فصل في الحبس (قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً الخ) أقول وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود (قوله فسماه محبسا) أقول حبس محبسا ذلك فقبح بالخاء المعجمة قال في القاموس محبس كعظم انتهى قال في النهاية المحبس بالكسر أى المسدال من القهيس وهو التذليل

وروى بفتح الباء وهو موضع القهيس وهو الذى اختاره في المغرب

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يجزى اما ان يثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يجزى بالحبس وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مما طلاقى اول الامر لان من حجته أن يقول ظنت انك تمهلني فلم استعجب المال فان أبيت أو فبك حقت فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مظهره فيحبس وان كان الثاني حبسه كما سبق اظهر المماطلة بانكاره وروى عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه أن الدين اذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت له ديناً على فاذا علمت الآن لا أتوانى في فضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدري حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحجوس في الدين لا يخرج لحيي رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وجمعة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان غنماً يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره وفي الخرج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين (٤٧٣) وليس في هذا القدر من الخروج كثر يضرر الطالب وان مرض وله

خادم لا يخرج لانه شرع ايضاً يضر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمريض يزاد الضرر وان لم يكن له خادم أخرجه لانه اذا لم يكن له من عرضه ربحاً يوت بسببه وهو ليس يستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطوؤه ما حيث لا يطلع عليه أحد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقبل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه لبشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجزى بالحبس وأمره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مما طلاقى اول الوهلة فلهذا طمع في الامهال فلم يستعجب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مظهره اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور الماطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع أو التزمه بعقد كالهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على أدائه والمراد بالمهر محمله دون مؤجله

(قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب حبس غريمه لم يجزى بالحبس حتى بأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم الى الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر مجرد ثبوت الحق بالاقرار (اذلعه طمع في الامهال فلم يستعجب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (اما اذا ظهر بالبينة فيحبس كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي الشوائد الظهيرة وعن شمس الأئمة السرخسي عكس هذا وهو انه اذا ثبت بالبينة لا يحبس لاول وهلة لانه يعتذر بأن ما كنت أعلم أن على دينه بخلافه بالاقرار لانه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوج به الى شكواه وعلى قول المصنف لا يحبس حتى بأمره في الاقرار والبينة (قوله فان امتنع) أي بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده) كـ القرض و (عن المبيع أو التزمه بعقد كالهر والكفالة) لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعني اذا دخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه وما لم يكن يدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبس ولا يسمع قوله اني

(فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه اذا طالب فقير

الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناؤه وقدره فان ادعى الاعسار وأنكره المدعى اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالتمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعى وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع أو التزمه بعقد كالهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل بقوله واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على أدائه وهذا واجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنفقة وغيرها كما سنف ذكره والمراد بالمهر محمله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المجهل فكان اقدامه على الشكاح دليلاً على قدرته

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلهذا قابل القدرين ما التزمه بعقد لزمه بدلا عن مال فتأمل

قال القدوري (ولا يحبس فيه ما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرض الجنابيات (إذا قال أني فقير) لأنه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعي عليه (الأن ثبت المدعي أن له ما لا يبينه فيحبسه وروى الخصاص عن أصحابنا رجعهم الله أن القول قول المدعي عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال ومأم يكن (لأن الأصل هو العسرة) إذا لا دعي بولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدين مع عينه (ويروى أن القول قوله لا فيما بدله مال) وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعي عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالأصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البر (٤٧٣) والصله فالقول فيه قول المدعي عليه

كافي نفقة المحارم والآخر أن يحكم الزى أن كان زى الفقراء كان القول له وإن كان زى الأغنياء كان القول للمدعي إلا في أهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكفون في الزى مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فضلا يكون الزى فيهم دليل اليسار وقوله (وفي النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين الأخيرين أما ما أتيدهما

قال (ولا يحبس فيه ما سوى ذلك) إذا قال أني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له ما لا فيحبسه (لأنه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعي عليه الدين وعلى المدعي إثبات غناؤه ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ويروى أن القول له لا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج أنه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للعتق والمسلتان تؤيدان القولين الأخيرين

فقير لأنه كالمناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبس فيه ما سوى هذين) النوعين (إذا قال أني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له ما لا فيحبسه) حينئذ (لأنه وجد دلالة اليسار) أي قدرته على الدين المدعي به هكذا ذكر في الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدل مال أولزمه به بعد وأحكاما لفعله لا لعتق كالاتلاف وضمن الغصب وهو قول الخصاص (لأن الأصل هو العسرة) في حق كل أحد لأنه خلق عديم المال ولهذا قال إذا ثبت الحق فلا يحبس حتى يسأله ألك مال أولا فان قال لا استخلفه فان نكل حبسه وإن حلف أطلقه إلا أن يقيم المدعي البينة على قدرته وعندنا يحبس ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (ويروى أن القول له) أي للمدين (لا فيما بدله مال) كالقرض وغن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيه ما قول المدعي ونسب الخصاص هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى أن كان برى الفقراء فالقول قوله في الفقر إلا أن يثبت المدعي قدرته وإن كان برى الأغنياء فالقول للمدعي إلا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لأنهم يتكفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فدعى المدعي أنه غير زيه وقد كان عليه زى الأغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك فان أقام البينة أنه كان عليه زى الأغنياء جعل القول قول المدعي فان لم يتدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المدين وكلما تعارضت بينة اليسار والأعصار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لأن معها علم بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسألتين محفوظتين نصاعن أصحابنا بخلاف أحدهما أن المرأة إذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال أنه معسر ليعطى نفقة الأعصار أن القول للزوج والثانية أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن لساكت شيئا ولكن يستدعي العبد وقال شريكه بول موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف (والمسلتان تؤيدان القولين الأخيرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك

(٦٠ - فتح القدير خامس) للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلأنه جعل القول قول الزوج والمولى

(قوله يعني ضمان الغصب) أقول فيه أن ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن حال حصل في يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغي أن يكون القول قول المدعي كما صرح به في البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما إذا ثبت هلاك المصوب أو غصبه منه عند القاضي وما في البدائع فيما إذا باعه لا آخره مثلا (قوله والمدعي يدعي عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدله الذي ذكره المصنف أنفا والأصل إبقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدامه على التزامه باختياره (قوله فلأنه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعصار بين المعينين فان المراد باليسار في قولهم واقدامه ع: التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الانقاء ولا كذلك في النفقة

مع أنهم باشر عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر أولاً كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى البسار وأما تأييدهما الذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما يكن بدل المهر وبذل ضمان الاعتاق ما لا جعل القول قول من عليه فعمل أن الصحيح هو القولان الاخيران وقوله (والخراج على ما قال في الكتاب) يعني القدوري جواب عن المسئلتين نصرته للذكر كورفيه وتقريره انه أى النفقة على تأويل الاتفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا ببراءة من له أو بإفائه من عليه (٤٧٤) وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وحينئذ لا يرد نقضه على ما في الكتاب وهو قوله

حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته وعماه من جهته الا بالبقاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما اذا كان القول قول من عليه بحسبه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن بساره واعساره أما الحبس فمظهور ظلمه بالمطل في الحال وأما توفيته فلانه لا يظهر ماله ان كان يحفزه فلا بد من مدة ليفسد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويرى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لان مادونه عاجل والشهر أجل قال شمس الأئمة الحلواني وهو أرفق الا فاول في هذا الباب وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر الى ستة أشهر

والخراج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه بحسبه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحسبه مدة ليظهر ماله لو كان يحفزه فلا بد من ان تمتد المدة ليفسد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويرى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة أشهر الى ستة أشهر

وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال أما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكر أولاً كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى البسار وأما تأييدهما الثاني فلانه لما يكن بدل المهر وبذل العتق ما لا جعل القول قول من عليه فعمل بهذا أن الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال اما تأييدهما القول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزما بمال أو بعدة فلا يكون القول للطالب وكونه بخلافهما فالقول للطالب فان البذل فيه مما ملزم بعدة أو شبهة وهو الفحل الحسن الموضوع بسبب أعنى العتق ويؤيدان القول الاخير وهو أن القول للديون الا فيما بدله مال فان البذل في المسئلة ليس مالا ويجعل القول للديون تأييد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للطالب وان التزمه بعدة ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بطابقة كل منهما بوجه أنه يفيد الشمول والافلم يلزم من كون القول للطالب فيما اذا التزم بعدة والبذل ليس بمال كون القول له في جميع الديون خافي النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هو القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للطالب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون الفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعي أو غير مال فالقول للطالب صحهما فالذي لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس بغير وأجاب المصنف عن الإبطال المذكور بأن دين النفقة وضمن العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة وهذا معنى قوله (والخراج على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد انقضاء جميع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا (كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة بحسب) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ما طلة ثم انما يحبس مدة ليظهر ماله) فيؤدى ما عليه (فلا بد أن تمتد تلك المدة ليفسد هذه الفائدة فقد رعا ذكره) وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة (ويرى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوي لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الاجل شهرا والاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروى (أو أربعة أشهر الى ستة أشهر) وهو رواية الحسن

(قوله مع أنهم باشر عقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خير بأن الالتزام في

صورة الاعتاق موقوف على ثبوت بسار المعتق فلا يدل الاعتاق مجردا على الالتزام فلا نقض (قوله بدل المهر) أقول الظاهر عن أن يقول بدل النفقة (قوله فعمل أن الصحيح هو القولان الاخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان الآن يقال المراد أن الصحيح لا يعدوهم لان كلامهم ما صح (قوله أى النفقة على تأويل الاتفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الاتفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمن الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة (قوله ويرى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بعقد

والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بمتقيد بل هو مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيسهل في الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمدة تلك المدة التي ضجر الآخر فان وقع في رأيه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة على عسرته أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظة الشهادة والعديد اذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان أحوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من إقامة البينة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفي وان استخلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معسر حلفه القاضى فان نكل أطلقه وان حلف أبدأ الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المدينين بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فلا قاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط قبل بمحمد رجه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر النضابة لان الشهود لم يشهدوا بعباده ولم يقبل فيما اذا أنكر المشتري جوار الشئع وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فأقام الشفيع بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يثبت مقدار نصيبه فان القاضى لا يقضى به هذه البينة فيما الفرق بينهما ما واجب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون تلك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ان يكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما ما قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فان لم (٤٧٥) يظهر للعبوس مال بعد مضي المدة التي

رأها القاضى برأيه أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشم - رأوشهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظر الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلق بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخليه مالم

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظر الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في روايه ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رجهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسند كره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

عن أبي حنيفة أي ما بين أربعة أشهر الى ستة أشهر رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكر هشام عن محمد بن نحو وكذا الصدوق الشهيد فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأى القاضى اذا قصد حبس الحبس أن يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غلب على ظن القاضى بعدم دونه لو كان له مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبدأ حبسه وان قالوا انه ضيق الحال أطلقه ولورأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد في رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل واسماعيل بن جاد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى

تمض المدة وليس كذلك فان أصحابنا ذكروا في نسخ أدب القاضى وقالوا اذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك (ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس مع عدم لان علمه مالا سوى كسونه التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلانية ففيه روايتان (تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ) وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد بن فيه روايتان في رواية لا يحبس به وبه كان يفتي الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن جاد بن أبي حنيفة رجهم الله وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبس ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت فاذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به اذا الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال في الكتاب) أي القدوري (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعني المنع عن ملازمة المدينين بعد أخرجه من الحبس (في الملازمة) هل للطالب ذلك أولا (وسند كره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى)

(قوله وفي بعض الشروح جعل قوله الى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاتقاني وسيظهر جواب آخر اننا بان ما في الكتاب على رواية الاصل فاندفع الاشكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالنية وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بمافالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم (قوله فان أصحابنا ذكرنا الى قوله أخرجه من الحبس) أقول ممنوع فانه يفهم عما ذكره أيضا انه اذا لم يظهر له قبل مضي المدة لا يخليه قال المصنف (ولا تقبل في رواية) أقول وهذا اذا كان أمره مشكلا وافلاسه غير ظاهر بين الناس والا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المدينين) أقول لعل الصواب يعني عدم المنع كالا يخفى

(وذكر في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبس أول وهلة فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله (ومراده) أي مراد محمد (٤٧٦) (اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته) وهذه الرواية تصلح

وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا ومدة قديناه فلا نعبد. قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحودود والقصاص (الا اذا امتنع من الاتفاق عليه) لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك اسقوطها بعضي الزمان والله أعلم

وهو قول الشافعي وأحمد والاكثري انهم لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قبل وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت اذا ظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والاف بعد مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يسار من غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المدينون عين المدعي انه ما به لم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبد حبسه ولا شك أن معناه ما لم تقم بينة على حدوث عسرته قال أبو القاسم في كيفية شهادة الاعسار أن يقول أشهد انه مفلس لانه لم له ما لا سوى كسوته التي عليه وثياب ابيه وقد اختبرنا أمره سرا وعلاية بخلاف ما اذا مضت المدة فقال فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبس ثم يسأل عن حاله) انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبس في أول الوهلة فان هذا ظاهره في وصل الحبس باقراره فذكره ليؤيد بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا) الى القاضي فانه يحبس بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الآن شيئا (قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ويحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدنانق اذا رأى القاضي ذلك فأما مجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبس لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالاتفاق فان رجع فلم ينفق أو جعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياسي ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعه الى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعه أو جعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والدي دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولد لان التأنيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحده اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الاتفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الاتفاق) أبا كان أو أم أو جدا لان في ترك الاتفاق سعي في هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد لقصده الى اهلاك الولد (ولانه لا يتدارك اسقوطها) أي اسقوط النفقة (بعضي الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دين ولا المولى لعبد المأذون غير المدين لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان

أن تكون معتمد شمس الأئمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل أو يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولا) يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولا ومدة على ما بيننا ليس فيه مخالفة لما يناه فيحتاج الى ذكره لها لانه قد قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) الخ اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطالحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والدي دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحودود والقصاص) قال الله تعالى ولا تقل لهما أف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة (الا اذا امتنع من الاتفاق عليه لان فيه احياء ولده) وفي ترك سعي في هلاكه ويجوز أن يحبس الوالد لقصده اتياف مال الولد (ولان النفقة تسقط بعضي الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر المدينون لم تسقط به فافتروا وكذا لا يحبس المولى

لعبد اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك الحق الغرام وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دين وكذا الدين عليه مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق كسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لانه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالم ولا يحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهما لانه متمكن من تمييز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاء أيضا الآن السجين يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس بأبي جواز العمل به لانه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه (٧٧ ع) وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به

القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذا لخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه يجوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (ويقبل كتاب

القاضي الى القاضي في الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشهادات دون ما ندرى بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان

الشهود اما أن يشهدوا على خصم أو لا وتمكده بشي الى أنه ليس المدعى علمه اذ لو كان اياه لما احتج الى الكتاب والكتاب لا يدمنه لثلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجية وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا عند الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ ووافق رأيه أو خالفه لا تصال الحكم به وأما الثاني فان وافقه نفذه

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما تبين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجية (وكتب بحكمه) وهو المدعو وسجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

عليه دين حبس لانه للغرماء في الحقيقة ويحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الجنس له حق أخذه فاذا أخذ بكتابة قضا صاوفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في كسابه كالحرف له حق المطالبة فيحبس له أما المكاتب فلا يحبس دين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالموا لو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا همساواه لانه يتمكن من اسقاطه بتعجز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صله من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي

هذا ايضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضين فهو كالمركب بالنسبة الى الحبس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلد الاخرى بأنه ثبت عنده بيينة قبلها حق فلان على فلان السكان في بلد القاضي الاخر لم يجوز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولا يثبت فكتابه أولى أن لا يعمل به لكنه جاز باجتماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدين فجوز اعانة على اصال الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وأنه ختمه وقبل أصله ما روي الصحابة من سفیان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأه أشيم الضبابي من دينه زوجها رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا يمال لانه لم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الاصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد تبين ذلك في بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق) أي التي تثبت مع الشهادتين بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أي بالكتاب (عند القاضي) المكتوب اليه على ما تبين من أن المشهود فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلاً من جهة المدعى عليه أو مسخر أو هو من ينصبه القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الاخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو وسجلا) في عرفهم (واذا شهدوا بالخصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما (يكتب بالشهادة الى القاضي الاخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمي) في عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار

باب كتاب القاضي الى القاضي

(قوله ليحكم بها المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاة من ارسال المدعى عليه مع المدعى الى القاضي الكتاب اذا طلب ذلك منهم لم يفعل مستندهم فيه ما سيبي في هذا الكتاب والنهاية وغيرها في شرح قوله ولا يقضى القاضي على غائب

والا فلا عدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلم الخمسة وهي أن تكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسند كرماعداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما بين وهو يشير الى أن جوازه ثابت بنسبته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فيكبح جواز الشهادة على الشهادة للاحياء حقوق العباد فكذلك جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس في رادبه الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله (يعني القدوري) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجهودة (والمضاربة المجهودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذلك اقيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انما تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعترض بأن ماسوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى (٤٧٨) النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة النكاح والحيوان وكتاب

القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرته وهو ليس بدعي به انما هو ونفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدين لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمنافع بالاجماع (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والحواري واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الاماء الغلبة الا باق في

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط تذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لما ساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبهه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجهودة والمضاربة المجهودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبيد دون الاماء الغلبة الا باق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها

ما يؤل (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضي وسند كرمشروط الحكم من القاضي الثاني بالفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهده فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاده فله أن لا يقبله ولا يعمل به (ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجهودة والمضاربة المجهودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة) واستشكل بأن في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والمرأة وكذا في الامانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الاعيان المدعى بها وأجيب بأن المدعي به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذ الرتبة بأي طريق كان ضمنا أو قصدا تتعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق أن الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنده كرم ان شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (ويقبل في العقار أيضا) اذ بين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالجوار والنوب والعبد (للحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبي يوسف انه يقبل في العبيد دون الاماء الغلبة الا باق في العبد) لانه يتخدم خارج البيت فأبافه

العبد دون الاماء) فان العبد يتخدم خارج البيت غالباً فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الاماء فانها متيسر تخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أي عن أبي يوسف (انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كالبدوسط وشروح أدب القاضي وصحة ذلك بخاري أبق عبدله الى سمرقند مثلاً فأخذه سمرقندي وشهود المولى بخاري فطلب من قاضي بخاري أن يكتب بشهادة شهوده عنده فيجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم سمرقندي بفلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو به يشهد عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضى له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد وبأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتماً من رصاص (قوله والافسلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قيل اذا كان شرطاً نفعي لا يجوز بدونه قلنا حوازا الاستحسان على خلاف القياس

وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون

متيسر فلما ساس الحاجة فيه جوزة بفتح الهمزة لانها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره (وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل) من الدواب والشياب والاماء (وعليه المتأخرون) ونص الاسيحياني على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة في الاعيان وهي غائبة في بلد المكتوب اليه ولا شك ان في الدين ايضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الاثبات عليه وقبول القاضي الكتاب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويتبين ذلك بآراء الصو فصوره الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان بن فلان الفلاني أن يكتب كذا كره الحسن في المجر من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا سلام عليكم فاني أحمد اليك الله الذي لا اله الا هو أما بعد فان رجلا أتاني فقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجر د يقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سئذ كر وسألتني ان أسمع بينته وأكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البيعة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليمهم وينسبهم فشهدوا عندي ان فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما ما يتاحالا وسألتني ان أحلته بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشي منها وحلفته خلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البيعة عندي ولا قبضه له وكيل ولا حاله ولا قبضه له قابض وأنها عليه فسألتني أن أكتب له كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فكتب اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهودا أنه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود قال ثم طوى الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعى فاذا أتى به المدعى الى القاضي الذي بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه سأل البيعة على كتاب القاضي ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعى حتى يحضر الخصم فاذا حضره وأقر أنه فلان ابن فلان الفلاني فقبل بينته وسمع منه فان أنكر قال له جئت بالبيعة ان هذا فلان بن فلان الفلاني فان جاءهم او عدلوا سمع بينة المدعى حينئذ على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول لهم أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأه علينا وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لا يفك ايضا حتى يحضر الخصم فاذا حضر ففكه وقرأ عليهم وعليه فان أقر ألزمه اياه وان أنكر قال لك حجة والاقضية عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال لست أنا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان في هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينتسب بمنزل ما ينتسب اليه والا ألزمتك ما شهد به الشهود فان جاءه بينة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمنزل ما ينتسب اليه أبطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة يحصل بأخرة الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة تنبئ عليها منها قوله في شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحليمهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب وأقام شهودا عدولا عرفتهم بالعدالة أو سأل عنهم فعدلوا كني عن تسميتهم ونسبهم وعندى لا بد أن يقول أحرار عدول اذا لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد وعنه انه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلا وحرقة ان تاجر افتابرا ومزارع افزارع والمقصود تميم تعريف الشهود ثم يذكر ان عرفهم بالعدالة أو عدلوا

فاذا وصل الى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعى باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيه وفي رواية عن أبي يوسف ان قاضي بخارى لا يقضى للمدعى بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضى له بمحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبيد غير أن القاضي لا يدفع الجارية الى المدعى ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لشلايطا هاقبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمه الله قالوا هذا استحسان فيسه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستعمله فيما كل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحرية والصفة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلي والصفات

فلاخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي في قول

لان الخصم اذا حضره الشافي قد يكون له مطعم فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليمكن من الطعن
 ان كان والا فيقول سموهم لي فاني قد يكون لي فيه مطعم ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما
 يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعى يقال له فلان بن فلان
 يتم التعريف في قوله ما وعنده لا بد من ذكر الجلد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر
 اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته أو فخذة فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك
 لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج الى هذا وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعى انه
 غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى
 القاضي في جماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسافة القصر وبه قال الشافعي وأحمد في وجه وحكي
 الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول
 أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة
 ومنها ختم الشهود ليس بالزام بل هو أوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا طاهر في انه لا يفك الختم حتى
 يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سبذكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة
 كذا وكذا حدوده في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر أو ثلاثة حدود كفي
 استحصانا خلافا لفرز ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الا تبقى من مصر
 بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حلينته
 كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعى وقد أبقى الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان
 بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا
 وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعى من غير أن يقضى له به لان الشهود
 الذين شهدوا بملك العبد للمدعى لم يشهدوا بحضرة العبد وياخذ كفيلا بنفس العبد من المدعى
 ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الادفع من يتعرض له ويتهمة بسرقة
 فاذا لم يكن لاحاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل
 الكتاب اليه فعل ما يفعله المكتوب اليه ثم يأمر المدعى أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة
 الى العبد أنه ملكه فاذا شهد واقضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده ليمرئ كفيه
 وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعى لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر
 الى قاضي الاسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه
 ليقضى به بحضرة المدعى عليه فيه فعلى ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجوارى كافي العبد
 الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعى بل يعثها على يد أمين لاحتمال انه اذا
 أرسلها مع المدعى يطؤها لاعتمادها منها ملكه قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد قالاهذا فيه
 بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخذه فهر او يستغله فبا كل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه
 بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه
 وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة لوجه والأئمة الثلاثة واذا عرفت هذا
 فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد أن تجعل من قبيل الامة فيجرب فيها
 ما يجرب فيها لانه بعد أن تجرب مجرى الديون لانها اذا قالت استأنق فلانة المشهود على انها زوجة
 المدعى المذكور ولم تقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعى يطؤها

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بشهادة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا بسقط بالشبهات وهو عما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول يجوز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذا جاء من ملك أهل الحرب (٤٨١) في طلب الأمان فانه مقبول بغير بينة حتى لو

أمنه الامام صح لانه ليس ملزم فان الامام رايا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الزام على الحاكم ليس بالتركية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلتركية سمح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قبل قد يشير الى أن رسول القاضي الى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه بينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس بأبي جوازهما وفرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الأمر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب واحد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة وأما الرسول فقام مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بشهادة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس ملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الزام بالشهادة لا بالتركية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكتاب وانتهى وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذي على ذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للمحاجة والضرورة اذ لما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ولم يشرط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن استدخال صاف الى عمر بن أبي زائدة أو غير قال حيث بكتاب من قاضي الكوفة الى اباس بن معاوية فبحث وقد عزل واستقضى الحسن فدفع كتابا اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففقهه ثم نشره فوجدني فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسة مائة فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب به هذا الكتاب الى زياد فقبل له أرسل الى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالتزم عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه أن ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما فلا بد ان يعطيه ما يطلبه وله ان لا وأما الرسول فلان التركية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلا نغايه رسوله أن يكون بنفسه وقد مننا أنه لو ذر كافي كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا أنه أجيز باجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز أن يكون قال الى اباس القاضي بالبصرة والى كل قاض رآه من قضاء المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاء المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاء وأجاز أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم ﴿فرع﴾ يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه أصلح الله الامير ثم قضى القضية وهو معه في المصير فجاءه ثقة يعرفه الامير في الفتاوى لا يقبل لان اجاب العمل بالبينة ولائه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفي الاستئمان يجوز للامرأة أن يعضيه لانه متعارف ولا يلتقي بالقاضي أن يأتي في كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسوله لانتفى كان عبارة رسوله كعبارة في جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه ولم يجز الرسم في مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب

وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا

(٦١ - فتح القدير خامس)

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لانه لا يأخذه ليجال ما سيجي من قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة الخ) أقول في هذا التنوير بحث فان حجة القضاء أمر والالزام أمر آخر لهما في الاول بدون الثاني وجوابه ان حجة الحكم قبل التركية اذا كانت بالشهادة والالزام بعدد ما فيكون بها أيضا (قوله قبل قد يشير الخ) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه سنة) أقول على كونه رسول القاضي

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليبرقوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه وانظمه بحضوره الشهود ولهذا يجب أن يقرأ الكتاب كتابه عليهم ليبرقوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الامن شهد بالحق (٤٨٣) وهم يعلمون ويحتمل بحضورهم ويشمله إلى الشهود كي لا يتوهم التغيير اذا كان

بغير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما وقال أبو يوسف انه يدفع الكتاب إلى الطالب وهو المدعى ويدفع اليهم كتابا آخر غير محتوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا أشهدهم القاضي ان هذا كذابه وختمه فشهدوا على الكتاب وانظم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان انظم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ثبت بال قضاء وانما قال آخر لان قوله الاول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيرا على الناس

قال المصنف (ويسلمه اليهم) أقول قال في النهاية أي إلى الشهود وعمل القضاء اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلى

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليبرقوا ما فيه أو يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضورهم ويسلمه اليهم) كي لا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب وانظم بحضورهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما وهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير محتوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف ان انظم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ثبت بال قضاء وليس الخبر كالعناية واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

القاضي إلى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود به كرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل ان شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من ان يقرأ عليهم أو يعلمهم ما فيه أي باخباره لانه لا شهادة بلا علم بالشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم عاين كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا وأنه ختمه وذلك بأن يختمه بحضورهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا فيه العنوان الذي قد مناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يتقبله لثمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التذكير من وقت الشهادة إلى وقت الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه) بعدما كان أولا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا ان انظم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما ثبت بال قضاء وليس الخبر كالعناية وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي) ولا شك عندي في صحة فان الفرض اذا كان عدالة الشهود وهم حلة الكتاب فلا يضره كونه غير محتوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي أن يشترط انظم لاحتمال التغيير الا أن يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا انظم بل تكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلزم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أولا وكذا ان شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزائن الفقه يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادتهم والاصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم أو الكنية لا تعرف به الا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عرين الخطاب وعلى بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه أن المكتنى هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة إلى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف

العنوان

الشهود كذا وجدت بخط شيخنا انتهى ثم قال وأجمعوا في الصك ان الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فان الناس اعتمدوا بخلاف ذلك اه

قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر بحضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود اليه الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتمه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وختمه قبله وفهمه لما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدلة للفتح بحيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفرض الكتاب أي يفهمه بعد العدلة كذا ذكره الخصاص لانه اذا لم تظهر العدلة فربما احتاج (٤٨٣) المدعى الى أن يزيدي في شهوده

واغايهم أداء الشهادة بعد قيام الختم يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا فلك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعى انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدلة شرطاً ولم تظهر فاما اذا لم تكن شرطاً فكذا الشهادته جاز رفضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أننا انسلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدلل على ذلك بأن فلك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدلة الشهود

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه لا نقل لالهكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتمه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا أنه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدلة للفتح والصحيح انه يفرض الكتاب بعد ثبوت العدلة كذا ذكره الخصاص رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم

العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنونا وكان محتوما وشهدوا بالختم كفي (قوله) واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يفتك الا بحضرة الخصم كذا كرنا فيما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا بمجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعى الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طالبه بالبينة عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضر فاشهد دون بحضوره انه كتاب القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتحه وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضي ينقل ألفاظ الشهود بكتابته الى المكتوب اليه كما كان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته (بخلاف القاضي الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفي العمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدلة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ فتمه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفرض الكتاب بعد ثبوت العدلة ذكره الخصاص) واحتريه عما ذكر في المغني فانه قال فيه وذكر الخصاص لا يفتح قبل ظهور العدلة ثم قال ما ذكر محمد أصح أي تجوز الفتح قبل

على الكتاب وفيه نظر لان فلك الخاتم عمل للكتاب لانه ولعل الاصح ما قاله محمد رحمه الله من تجوز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدلة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه

قال المصنف (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفي المحيط ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وان فتح بغير محضر منه جاز اه (قوله) لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه أقول وأنت خير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا الخ من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله) فاما اذا لم يكن شرطاً أقول كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سجي في الشهادة (قوله) وقد استدلل على ذلك أقول قوله وقد استدلل أي بوجه آخر وقوله على ذلك أي على اشراط العدلة (قوله) بأن فلك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباء في الصغرى للابسة وفي الكبرى للسبية وأيضاً لا فائول بعدم الاشتراط منع الكبرى فلنأمل (قوله) وفيه نظر الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بمنحون أو انعماء أو فسق إذا تولى وهو عمل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الاماني يعمل به وهو قول الشافعي رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه يكتبه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل (٤٨٤) قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل

وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه لا يتحقق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر في غير عمله أو في غير علمهما وكذا الوما المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضى بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيرهم صار تبعاله وهو معترف

ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه ووجهه المصنف بما ذكره الخصاص من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بأن ارناب في هؤلاء فيقول زندي شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الاحال قيام الختم و فرع لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضى بلدة فهرب الى بلدة أخرى كان للقاضى المكتوب اليه أن يكتب الى قاضى تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما جوزنا الاول الكتابة بنحو للشاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بذلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعى شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولا به القضاء وانما يستفيد به لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعامل به وهو أن يكون القاضي الكتاب على قضائه الى أن يمضي أمر الكتاب فلواته مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء بمنحون أو فسق قالوا أو فسق وانما يخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفروع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفروع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأ لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل نبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا يوجب عليه شيئاً فقول المصنف (الخصم بواحد من الرعايا) يعنى قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو غير علمهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الاخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا الوما المكتوب اليه) أو عزل وولى غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندها (الا اذا) كان (كتب الى فلان قاضى بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيرهم صار تبعاله) وقد قدمناهما هنا وقال الشافعي وأحمد يعمل به لان المعقول عليه شهادة الشهود على ما حملوه ومن يحمل شهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كالو كتب الى كل قاض وصل اليه وأجيب بأن الكاتب لما خص الاول بالكتابة فتداعى عدلته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أرفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب اليهم معينين أمالو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منأته

القضاء وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكتاب وان كان ناقلاً الا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولا لحظة الشهادة ووجب على الكتاب هذا النقل لسماع البيضة وما وجب على القاضي بسماع البيضة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كافي سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير علمهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أو مات أو في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمنحون لا يتحققان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حياً وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلا ن لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أولى وكذا الوما المكتوب اليه بطل كتابه

وقال الشافعي يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء كما قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن اجازة القاضي الكتاب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون في أداء الامانة فصاروا كالأمناء في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضى بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غير تبعاله

بمخلاف ما إذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا إلى كل من يصل إليه من قضاء المسلمين فإنه لا يصح عند أبي حنيفة وقبل الظاهر أن محمدا معه لأنه من معلوم إلى مجهول والعلم فيه شرط كما هو وهو رد لقول أبي يوسف في جوازها فإنه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للأمر على الناس (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول (٤٨٥) يقبل لأن الاعتماد على الشهود

(ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيه (ولأن مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتها)

فصل آخر (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

أجازه أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لأن أعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الأجل والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لأن الاعتماد على الشهود وقد شهدوا فلنا (لأن فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقام بها الحد لأن مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشهادات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتها) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولأن مبناها المخ والله أعلم واعلم أن ذلك ربما تطلع على فسوع كثيرة في الكتب فيها تصرح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيره في رجل وامرأة ادعى الولد أو قالوا هو معروف النسب منا هو في بد فلان استترقه في بلدة كذا وطلبنا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعى النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لأنه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الأولى لأنه يريد دفع الرق فهو كدعوى أنه عبدي (فرع) هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والفتاوى هنا أن القاضي يكتب بالعلم الخاص قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الأجل ليطالبه إذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال بحمدني الاستيفاء أو الأبراء مرة يكتب وكذا إذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضي سلمه حتى إذا أنكرت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط

فصل آخر (قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لأن المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للنصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم

الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها

قال المصنف (بمخلاف ما إذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم اه

فصل آخر (قوله والأولى أن يجعل هذا فصلا آخر إلى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين باب كتاب القاضي إلى القاضي بدون أن يورده عقب الفصل الأول يحتاج إلى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية

بقدر الوجه أى فى أول أدب القاضى أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلاً للقضاء وهى أهل الشهادة فى غير الحدود والقصاص فهى أهل للقضاء فى غيرهما وقيل أراد به ما مر قبله بملفوظ من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيه ما وشهادتها كذلك كما سيجى موقفاً وهاستفاد من شهادتها وليس للقاضى أن يختلف على القضاء (٤٨٦) بعذر بغيره (الأن يفرض اليه ذلك لأنه قد القضاة دون التقليد به) أى

وقد مر الوجه (وليس للقاضى أن يختلف على القضاء الآن يفرض اليه ذلك) لأنه قد القضاة دون التقليد به فصار كقول الوكيل بخلاف المأمور بأقامة الجمعة حيث يختلف لأنه على شرف الغوات لتوقته فكان الأمر به أذناً بالاستقلال دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثانى بمحض من الأول أو قضى الثانى فأجاز الأول جاز كفى الوكالة

لن يفعل قوم ولو أمرهم امرأه رواء البضارى قال المصنف (وقد مر الوجه) يعنى وجه جواز قضائها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا إنما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن أن يجعل كلامهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليجتاز إلى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما فيه منع أن تستغنى عن عدم حمله والكلام فيما لو وليت وأتم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقطت قضاء موافقاً للدين الله أكان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله الآن يثبت شرعاً على أهليتها وليس فى الشرع سوى نقصان عقدها أو مع لوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكسبة ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة فى الأوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والإضافة ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز فى الفرد خلافاً لآرى إلى تصریحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيراً من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغير برزى نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوايهن عدم الفلاح فكان الحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقطت بالحق لماذا يبطّل ذلك الحق (قوله وليس للقاضى أن يختلف على القضاء) فى صحة ولا مرض (الأن يفرض ذلك اليه) فليدركه كانه إذا صرح فيه بالمنع بمنع منه وهذا (لأنه قد القضاة دون التقليد به فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف المأمور بأقامة الجمعة حيث) جاز له أن (يختلف) لأنه لتوقته بحيث لو عرض فى وقته ما يمنعه كان لا إلى خلف ومعلوم أن الإنسان عرض للأعراض فكان المولى له آذناً فى استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة أما إذا لم يكن سمعها فلا لأنهم من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لأن المأمور هناك بأن وليس بمفتتح وخطبة شرط الافتتاح وقد وجد فى حق الأصل ولذا لو أفدها هذا الخليفة واستفتح يجوز أن لم يشهد الخطبة لأن شرعه فيها صحيح وبهذا الشرع والتحقق عن شهد الخطبة حكماً وبخلاف المستعير فإن له أن يعير بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تعليمها بخلاف ولاية القضاء فانما هى إذن فى أن يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون له إقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصى يملك الإيصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لأن ثبوتها بعد الموت ورجايعهم زوال الوصى عن التباشرة بنفسه والموصى قد مات فلا يمكن رجعه إلى رأيه فتضمن الإيصاء الأذن بالاستقلال وقوله (ولو قضى الثانى بمحض من الأول أو قضى من الأول أو قضى) بتعيينه فبلغه (فأجاز جاز كفى الوكالة) إذا وكل الوكيل لغيره فنصرف بمحضه

القضاء (فصار كالوكيل) يجوز له التوكيل إذا نوى اليه ذلك (بخلاف المأمور بأقامة الجمعة حيث) يجوز له أن (يختلف) لأن إذا أجمعه على شرف لفوات لتوقته (وقت يفوت) لاداء بقضائه (فكان الأمر به من الخليفة أذناه) الاختلاف دلالة) لكن انما يجوز إذا كان ذلك الغير مع الخطبة لأنهم من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الأول أصلاً ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدا جاز لأن المستخلف بأن لا يفتتح واعترض عن أفده سلانه ثم افتتح بهم الجمعة فإنه جائز وهو مفتتح فى هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بأنه لما صرح شرعه فى الجمعة وصار خليفة لأول التحق عن شهد الخطبة أرى أن الحاقه بالباقي لتقديم شرعه فى تلك الصلاة أولى أمل (قوله ولا كذلك القضاء) أى ليس القضاء كالجمعة لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فنأذن لجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها فى وقت فقد رضى بالاستقلال

بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف (وقضى الثانى بمحض من الأول أو قضى الثانى) عند غيبة الأول (فأجاز الأول أو

جاز) إذا كان من أهل القضاء (كفى الوكالة) فإن الوكيل إذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بمحض الأول أو أجاز الأول جاز

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بخلاف المأمور بأقامة الجمعة) أقول قال فى الكافى مطلقاً أى مطلقاً عن الأذن بالاستقلال

وقوله (لأنه حضره رأى الاول) يصلح دليله للاستلزام ما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمه له والحكم الذى حضره القاضى أو أجازة قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضيا به وأما فى الوكالة فسيجيء فى كتاب الوكالة قبل الاذن فى الابتداء كالاجازة فى الانتهاء فلم يختلفا فى الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به فى الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية القاضى مقبدا به (قوله وإذا فوض اليه يملكه) أى إذا قال الخليفة للقاضى ول من شئت كان له أن يولى غيره (فيعصر الثانى نائباً عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله) لأنه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الآن يقول واستبدل من شئت فملك الاول عزله وهذا بناء على أن أمر القاضى لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ول من شئت واقصر على ذلك كان أمره بالتولية والعزل خلافاً وإذا أضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان أمرهم ما فهمه فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضى القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فى القضاة تقليداً وعزلاً كذا فى الذخيرة قبل ما للفرق بين الوصى والقاضى فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصى يملك التفويض الى غيره توكيلاً وابعاءاً وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية مابعد الموت وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى له راضياً باستعانته بغيره ولا كذلك القضاء وقيل الناضى يملك التوكيل والابعاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور فى التقليد يجرى فيه ما وأجيب بأن المقلد (٤٨٧) يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصى

وهذا لأنه حضره رأى الاول وهو الشرط وإذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائباً عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال (واذا رفع الى القاضى حكم ما كم أمضاء الآن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قولاً لا دليلاً عليه وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء)

أو بغيره فجازة نفذ (لأنه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله أنه فوض الى ابتداء وكيل انتهائه ولا يمنع ان قد يجوز فى الانتهاء والبقاء ما لا يجوز فى الابتداء خصوصاً وقد فرض زوال المانع من الصحة فى الابتداء أو هو كونه ليس مما حضره رأيه (واذا فوض اليه) الاستخلاف (بملكه فيصير الثانى نائباً عن الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله أو قال جعلتك قاضى القضاة فان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً وفيه خلاف الشافعى وأحمد (قوله وإذا رفع الى القاضى حكم ما كم أمضاء الآن يخالف الكتاب أو السنة المشهورة) أو الاجماع بأن يكون قولاً لا دليلاً عليه وفى بعض نسخ القدورى أو يكون قولاً الخ (وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء) قالوا نعم أعاده لان فى عبارة الجامع فائدتين

بدون اصابة الزوج الثانى فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسلة وقد ذكرنا عمه فى التتير على ما ينبغي أو الاجماع كالحكم بطلان قضاء القاضى فى المجهت فيه أو يكون قولاً لا دليلاً عليه قبل كما إذا مضى على الدين سنون فيحكم به قسراً من الدين عن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعى يدل على ذلك وفى بعض النسخ أن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنقيذه اذا كان مخالفاً للدلالة المذكورة بسبب أن يكون قولاً لا دليلاً وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء وفيه فائدتان احدهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضى اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا فى الذخيرة

(قوله وان الحكم الذى الخ) أقول التعويل على الجواب الثانى (قوله فيكون الموصى له راضياً) أقول كى لا نفوت مصالحه (قوله وقيل القاضى يملك الخ) أقول المذكور فى الفتاوى ان الناضى لا يملك نصب الموصى اذ لم يكن ذلك مكتوباً فى منشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعليل المذكور الخ) أقول يعنى قوله لأنه قلداً للقضاة دون التقليد (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الاحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنها مستندة الى دليل قوى من تلك الثلاثة أيضاً قال فى السكاكى بأن يكون قولاً لا دليلاً عليه أى لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذ لم يعلم الخ) أقول أنت خبير بأنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف انما مفاده ان ما اختلف الفقهاء فيه فى نفس الامر فقضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أو لافانه أعم من كونه عالماً بربما يفيد كون الثانى عالماً بالخلاف وليس الكلام فيه بل فى القاضى الاول فتأمل

والثانية أنه قيد بقوله يرى
غير ذلك إشارة إلى أن الحكم
إذا لم يكن مخالفاً للدلالة
المذكورة ينفذ سواء كان
موافقاً للرأيه أو مخالفاً
فانه إذا نفذ وهو مخالف
لرأيه ففيما يوافقه أولى
ورواية القدوري ساكنة
عن الفائدتين جميعاً

(قوله ورواية القدوري
الخ) أقول عبارة القدوري
أعم تتناول ما إذا كان
موافقاً للرأيه أو مخالفاً
وليس في عبارة الجامع إلا
التنصيص على ما إذا كان
مخالفًا ويعلم حال الموافقة
بالاولوية كما ذكره إلا انه
لا يثبت بهذا القدر أولوية
عبارة الجامع من عبارة
القدوري فتدبر

ليستافي القدوري احداها تنقيدهم بالفقهاء أفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ قال شمس الأئمة وهو
ظاهر المذهب وعليه الأكثر والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك فان القدوري لم يتعرض لهذا
فيحتمل أن يكون مراده انه اذا كان رأيه في ذلك موافقاً للحكم الأول أمضاء وان كان مخالفاً لا يعضيه
فأثبت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفاً للرأيه أو موافقاً بعني
بالطريق الأولى ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه
الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أو غير عالم فانه أعم
من كونه عالماً ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاء فربما يفيد أن الثاني عالم
بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الأول الذي ينفذ هذا إلا خرحكه
وليس فيه دليل على انه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على أنه ينفذه
وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيد أنه يضافه قال اذ ارفع اليه حكم حاكم أمضاء وهو أعم
ينظم ما اذا كان موافقاً للرأيه أو مخالفاً وانما في الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفاً وقوله الآن
يختلف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهد فيه حتى تجوز مخالفته أولاً
فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة يعني المشهورة مثل البيضة على المدعي
والعين على من أنكر فلو قضى بشاهد معين لا ينفذ ويوقوف على امضاء قاض آخر ذكره
في أقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً ثم ارباب الكتاب اجمع على مراده وما يكون مسدول
لفظه ولم يثبت نسخته ولا تأويله بدليل يجمع عليه فالأول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض
بحل أم امرأته كان باطلاً لا ينفذ والثاني مثل ولاناً كلوا مما لا يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل
متروك التسمية عمداً وهذا لا يضبط فان النص قد يكون مؤولاً فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحجاب
بأنه مؤول بالمذبح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس مؤول فلا يكون حكم أحد
المتناظرين بأنه غير مؤول قاضياً على غيره منع الاجتهاد فيه نعم قد تخرج أحد القولين على الآخر بثبوت
دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد أولاً ولذا منع نحن
نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجوزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا أيضاً وان كان كثيراً
يحكموا بالخلاف ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال وأما القضاء
بحل متروك التسمية عمداً فجازر عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه
مخالف للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمي أو بنبه على عدم تسويغ فقهاء العصر
اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهم في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه
فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجمع عليه الجمهور
لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد
بالعوض مادون النصف أو مادون الكل بل الواحد والاثني والال يمتنع قضاء في محل مجتهد فيه أصلاً
اذ ما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين أقل من الفريق الآخر اذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يخلوه
قط الاجماع خلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم
نخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين
ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أولاً والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف
ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا إلا بصير المحل مجتهداً فيه قال واليه أشار
أبو بكر الرازي لان ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المتعبر باختلاف في الصدر
الأول يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم

التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقل هذا قول محمد أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينقض القضاء به فاختلف الرواية عن أبي يوسف وقال شمس الأئمة السرخسي هذه المسئلة تنبئ على أن الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهم المالم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في التوقيم ان محمد اروي عنهم جميعا أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في المصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتباره أنه مختلف بين المصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول المصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى أن هذا لا يعقل عليه فان صح ان مالك أو أبا حنيفة والشافعي مجمعون فلا شك في كون المحل اجتهاديا ولا فلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينقض القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذ الم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في النخبة عن الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها ورأى خيرا لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيز من هاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فغضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فاتها تعتد بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينقض لانه محتم - دفيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل محتم - دفيه اشتباه الدليل لاحقيقة الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه محتم - دفيه لانه موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار الطلاق بـ ائرتصر فانه ينفي حكمه وكذا الوقضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك فينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهما مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز - كاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها مالك وعثمان التي يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضوع موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضى أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كانت معارضة المعنى للدليل السمي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينقض القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذا لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين المصدر الاول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بخلف المدعى أن فلا تافقه له وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينقض لخالفه السنة المشهورة البينة على المدعى واليمين على من أنكر مع أنه ظاهر في حديث محبصة وحويصة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطاقة فلا يجرى عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينقض لذلك أيضا وهو

(والاصل) في تنفيذ القاضى ما يرفع اليه اذ لم يكن مخالفا للادلة المذكورة (ان القضاء متى لاقى فملا بمجتهدا فيه ينفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول) في ان كلا منهما يمتثل الخطأ (وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل أن يقول القضاء (٤٩٠) في المجتهدين متفرع على رأى المجتهدين فكيف يصلح الفرع مرجعا لاصله

ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجعا لاصله من حيث هو ومنه أو مطلقا والثانى ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجعا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما رفعه من أصل بلا فرع اذ الشئ المساوى للشئ في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شئ آخر والاو لم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن عمر رضى الله عنه انه لما شغل أشغال المسلمين استعان بزيد ابن ثابت رضى الله عنه ف قضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضى الله عنه أحدا الخصمين فقال ان زيدا قضى على يأ أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما منعك يا أمير المؤمنين الساعة فافضى فقال عمر لو كان هناك آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضى في المجتهدين فيه مخالفا لرأيه

(قوله لأن اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا المذهب

والاصل ان القضاء متى لاقى فملا بمجتهدا فيه ينفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهدين فيه مخالفا لرأيه

حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يعلو كون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثانى اذا طلقتها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهى في العدة ثم طلقها قبل الدخول فنزوحها الاول قبل انقضائه العدة وحكم الحاكم بصدقه هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموه من قبل أن تمسوهن فالكلمة عليهن من عدة تعتدونها وهو أيضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كذهب الشافعى بصيرته فقا ولو قضى بنصف الجهاز فمين طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجوزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المذبر ولو قضى بعدم جواز عقور الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لاحق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بأمر امرأته ففوضى باقرار البنت معه نفذ وحكى في الفصول فيما اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها ففوضى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ لان نص عليه وعند محمد يجوز وبعدة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق أعنت الميت واحدا منهم وبالشهادة لابييه وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبعدة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقد أم وقتا بلانظ المتعة لم تمتعني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برذو زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضى الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصدقة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقدم بلا قرار ولا ينفذ ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالمجتهدين فيه أما اذا كان نفس القضاء بمجتهد فيه فهذه فريعات منه وأصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء الثانى هو الذى وقع في مجتهدين فيه أعنى قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالجرح على المفسد للفساد لا ينفذ لانه لا ينفذ في خلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يرضيه الثانى نقضه لانه ليس قضاء في مجتهدين فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضى الثانى مخير بين أن يجيزه أو يردده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود والأعنى وأما قضاء السلطان في أمر فالاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه الى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسألة الحجر في صحة نقض الثانى أن قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه نفذ قضاء الثانى باطلا لاقه عن الحجر (قوله والاصل) حاصله توجيهه أن القاضى الثانى ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثانى في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجع الاول باتصال القضاء به فلا ينفذ الثانى باجتهاده دونه (قوله ولو قضى في المجتهدين فيه مخالفا لرأيه

ناسيا المذهب نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان (٤٩١) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ
بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى

ناسيا المذهب نفذ عند أبي حنيفة (رواية واحدة) (وان كان عامدا ففيه روايتان) عنه (ووجه
النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين) لان رأيه يحتمل الخطا وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل
الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحدا منهم ما خطأ بيقين فكان حاصلا قضاءه في محل مجتهد فيه
فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع
تحريره الى جهة فصلى الى غير هالايصح لا اعتقاده خطأ نفسه فكذلك اذا واهب اخذ شمس الاثثة الاوز جندى
وبالاول اخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاء من الارسال الى شافعي ليحكم بطلان
اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا للغير لم يفعل
ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء
من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لرأى الخلفاء انتهى وأوكدا الامور في هذا حكم شريح
بما يخالف رأى على كثيرا وهو يعلم ووافقه كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقبيل صح عن عمر
رضي الله عنه انه قلدا بأب الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضى عليه عمر
فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأى
مشترك وغير ذلك وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند
الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقة حكم الله الثابت في نفس الامر لكن القطع بأن المكلف به
منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف
حكمه تعالى فكان ارسال الحنفى اليه ارسالا لأن يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه
ان الله جوزه أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاء به وأحكم به عليه واقتصار المصنف على وجه
النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا ينفذ في الوجهين) يعنى وجه النسيان
والعمد (لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل ومع ذلك ذكر المصنف
كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد
اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقوله ما لان التارك المذهب عمدا لا يفعله الا الهوى باطل
لا قصد جميل وأما التامى فلان المقلد ما قلده الا يحكم بمذهب لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي
المجتهد فأما المقلد فاعمالا لا يحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى
ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل اقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه
من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن
احكم بينهم بما أنزل الله الآية واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل
بمقتضى ظنه اجاعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس الاقضاء بخلاف المرسل الى من يرى
خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشئ هـ ذا ومن تمة اليمين المضافة انه اذا فسح اليمين المضافة
بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئ الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسح حكمى عن برهان
الأئمة بكون الوطء حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوج
بأخرى هـ لا يحتاج الى النسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي
المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة
أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضى القاضي عند تزوج امرأة بطلان اليمين الواقعة مطلقا من
غير قيد فسحها في حق تلك المرأة وسند كرى في أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

أيضا بطريق الاولى (أنه
ليس بخطأ بيقين) لكونه
مجتهدا فيه وما هو كذلك
فالحكم به نافذ كعمامة
المجتهدات ووجه عدمه
أنه زعم فساد قضائه
وهو مؤاخذ بزعمه (وقال
أبو يوسف ومحمد رجما
انه لا ينفذ في الوجهين
لانه قضى بما هو خطأ
عنده) فيعمل به زعمه
قال المصنف (وعليه
الفتوى)

قال المصنف (وان كان
عامدا ففيه روايتان)
أقول قال النسيان في
الكافي وفي الصغرى اذا
قضى في محل الاجتهاد
وهو لا يرى ذلك بل يرى
خلافه ينفذ عند أبي
حنيفة وعليه الفتوى
اه قال ابن الهمام الوجه
في هذا الزمان أن يفتى
بقوله ما لان التارك
لمذهب عمدا لا يفعله
الا الهوى باطل لا قصد
جميل ثم قال وأما التامى
فلان المقلد ما قلده
الا يحكم بمذهب لا بمذهب
غيره وهذا كله في القاضي
المجتهد وأما المقلد فاعمالا
ولا يحكم بمذهب أبي
حنيفة مثلا فلا يملك
المخالفة فيكون معزولا
بالنسبة الى ذلك الحكم
اه (قوله بطريق

قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكرنا أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن بين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم ما حكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال وباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع إلى الثاني نفذه كما مر فان نقضه فرفع إلى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تتكفروا ما نسكح آباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته التي وطئها الاب فلو حكم ما حكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا والمراد بالجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور (أي حل الناس وأكثريهم) ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف للاختلاف) فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وانكروا عليه فاذا حكم ما حكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فأما اذا سوغ له ذلك لم ينقض الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث إلى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائهم الثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به ما حكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الامة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لان عقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء (قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف (٩٣) رأى من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك إلى ما حكم لم يرد ذلك كان له أن ينقضه

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحرير الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريره في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كنسكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لافي الاملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحرير فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح

(قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريره فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا اذا قضى باحلال) يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (اذا كانت الدعوى بسبب معين)

العقود والفسوخ بشهادة الزور فن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكحها أو أنكرت فأقام عليها شهادتي زور وقضى القاضي للحل بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكن منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا لعماد زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكحها أو أنكرت فأقامت شهادتي زور وسواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعنتي هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شهادته وبالبائع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح فصدوا الانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تسترط الشهادة وأن البائع يغيب فاحش مبادلة وهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما ثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغيب فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغيب فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شهادتي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها ما اذا ادعت على زوجها أنها طلقها ثلاثا وأقامت شهادتي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهر او باطنا علم أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالوا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخره وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيصدونه وذكر شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل لسواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

(قوله لأن القاضي يصير منشئا) أقول الظاهر أن يقال منشئ (قوله لأنه تبرع) أقول أي من وجهه (قوله فاذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كلنسكحة اذا وطئت بشبهة

قال (ولا يفتى القاضي على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستتفى في البلد جاز ولا يصح في الأصح لأن في الاستتار تضيق بالعقود دون غيره واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجّة وهي البينة فإذا وجد ظهر الحق فيعمل للقاضي العمل بعقضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خير بمحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا إذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لا حاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الانكار ولم يوجد (٤٩٣) فان قال قد علمتم بالشهادة بدون

الانكار إذا حضر الخصم وسكت أوجب بأن الشرع أنزله منكرا حلالا مره على الصلاح إذا تظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفعها لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجّة فكان الانكار موجودا حكما وإن قال المسلمان لا منازعة إلا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الأصل عدم الاقرار إذ الأصل في اليد الملك فلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لأن المدعي صادق ظاهر الوجود ما بصره عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقابه ودينه أيضا وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجّة وليس كذلك فلنا إذا كانت شرطا فاللازمة ممنوعة لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود الشروط وسيأتي له جواب آخر وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق

قال (ولا يفتى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجّة وهي البينة فظهر الحق ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذة عند أبي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقي الأئمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكن خلافا لهم وكذا إذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجده ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنكأشترتها حل للنكر وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثا وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ولا يحمل عند الأئمة إذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سيافكبرا أو اعتقائهم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلما وأقام بينة أنهم ما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود أو تبين أنهم مشهودون ولا يحمل للزوج وطؤها عند لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الاملاء المرسل عن تعيين سبب أنه لا يحمل باطنا والوجه في الأصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والا كفاه ومن الوجه لابي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فأمر الله أولى والقاضي مأمور بذلك منه جل وعلا وأما الاستسهاد بتفريق المتلاعنين فينفذ باطنا وإن كان أحدهما كاذبا فليس بشئ وفي الخلاصة وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له به لا يحمل وطؤها وإن الشهود لو تظاهروا عبيدا أو كفارا أو محددين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البنة ونوي واحدة بائة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاثا أخذ باقول على نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ثم بعد ذلك إن كان الزوج مجتهدا يتبع رأى القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأى القاضي إن كان مقضيا عليه وإن كان مقضيا له يتبع أشد الأمرين عليه وإن كان عاميا فان استفتى فيما أفتاه به المنقضي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وإن لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عند قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجعه على اجتهاد الزوج والاخذ بالرأى متعين وكونه لا يراه حلالا لا أعنا عنه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كافترض المسئلة فلا (قوله ولا يفتى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز) إذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قول واحد وهو قول مالك وأحمد وإن كان في البلد غير مخفف فله قولان أحدهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق إن في المستتر تضييع الحقوق لولم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بالدليل ولنا

بالبينة لأنه إن حضره أقر لزمت الدعوى وإن أنكر فكذلك فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر به إلا بالنزاع وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبت أو يسلم الدعوى ويدعى الاداء ويثبت أو يقر قبل القضاء بالبينة فيطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم يمكن وفيه إبطاله وصور الحكم عن البطال من أجل الفوائد

(قوله فلنا إذا كانت شرطا الخ) أقول فيه تأمل ثم الظاهر أن يقال إذا كان بدل قوله إذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما شاعله قضاء زماننا حيث رسول المدعي عليه مع المدعي إلى القاضي الكائن إذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ) دليل آخر على المطلوب والضمير للشأن ويجوز ان يتنازع أن يشتبه في وجه القضاء أو عمل الثاني ومعناه أن الشأن يحتمل الاقرار والانكار أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالينة وجوب الضمان على الشهود وعند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل اذا اشترى جارية فقلت عنده فاستحقها رجل بالينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لان الينة بحجة مطلقة كاسمها مبنية فيظهر ملك الجارية من الأصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام الينة على المدعى فانه لا ينعزل بين كون الخصم حاضرا أو غائبا أو بحديث هناد حيث قالت يارسول الله ان أباسفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدت بالمعروف ففقد قضي عليه بالنفقة وهو غائب (٤٩٤) أجبتاه عن الحديث الاول بأنه يدل على أن من ادعى شيئا فعليه اقامه

الينة وهو مع كونه متروكا الظاهر لان الخصم اذا أقر ليس على المدعى اقامة الينة ليس بعمل للتزاع وانما التزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أولا وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استنصاه على اليمن لا تقض لاحدا من الخصمين

ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فوجه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالأول أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بأن كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر

قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استنصاه على اليمن لا تقض لاحدا من الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية أبي داود وغيره ونعني به ونحمله على أنه فعل ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبته من يقوم مقامه ولان حجة الينة على وجه يوجب العمل به موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء بغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بشئ من الشروط وهو حصة الحكم ولا يكفي في الحكم بشئ من كونه الأصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فمين قال لعبدان أن تدخل الدار اليوم فأنت حر فبقي اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الأصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرط الحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الأصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لا بقاء للانكار شرط القضاء بالينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الأصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالينة اذا حضر وسكت لا تزال الشرع اياه منكر الا لانه غير منكر وما قيل وقف الينة على حضوره غير مفيد لانه اما أن يقر أو ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشئ لان مع حضوره يحتمل أن يقر فيه بطل حكم الينة أولا فيقطع في الينة ويثبت أولا يطعن فيقضى عليه بالينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالأقرار يقتصر على المقر ويظهر

أنهم لم تقم الينة (قوله لو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضى القاضي في غيبته وان وحده منه الانكار وكذا اذا أنكر ذلك وسمعت الينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء) لان الينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سياتي (وفيه خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للرفع لا للاثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكرنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وکل شخصاً وهو ظاهر أو القاضي كما اذا أقام وصيا من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) أقول فيه بحث فان الجملة بعده تحتمل ضميره الآن مراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن يشتبه الخ) أقول وأتى بضميره في الاول والاضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع الا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هناد الخ) أقول ولانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول وفيه تأمل (قوله واعلم ان قيام الحاضر الخ) أقول كأنه يشير الى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه أي وقيام من يقوم

أو شرط الحقة فان كان سبباً لازماً سواء كان المدعى واحداً كما إذا ادعى داراً في بدر رجل أنهما ملكه وأنكر ذوال اليد فأقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة أو شيئين مختلفين (٤٩٥) كما إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال

المشهد عليه هـ معامدا
فلان الغائب فأقام
المشهد عليه بينة أن فلانا
الغائب أعتقه ما وهو
يملكهما تقبل هذه الشهادة
والمدعى شيئاً من المال على
الحاضر والعقود على
الغائب والمدعى على
الغائب سبب المدعى على
الحاضر لا محالة لان ولاية
الشهادة لا تنفك عن
العقود بحال فالقضاء فيهما
على الحاضر قضاء على
الغائب والحاضر ينتصب
خصماً عن الغائب لان
المدعى شيء واحد في الاول
أو كشيء واحد في الثاني
لعدم الانفكاك فإذا حضر
الغائب وأنكر لا يلتفت
الى انكاره ولا يحتاج الى
اعادة البينة وله ما نظار
في الكتب الميسورة
والمصنف لم يتعرض
الالاسيية وأما أن يكون
المدعى شيئاً واحداً أو
شيئين مختلفين فلم يتعرض
له للحصول المقصود بالسبب
اللازم فان الشيء إذا ثبت
ثبت بالوازمه وقيدنا
السبب بقولنا لا ما احترازاً
عما إذا كان سبباً في وقت

وهذا في غير صورة في الكتب أما إذا كان شرط الحقة

ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها ولدها ولو أقر به الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصاف وجد شرط حجتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما ليس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقه وكان أبو يوسف يقول ألا لا يقضى بالبينة والاقرار على الغائب جميعاً ثم رجع لما تبسلى بالقضاء وقال يقضى فيهما جميعاً واستحسنه حفظ الأموال الناس فإذا علم أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فن يقوم مقامه أحد ثلاث نائباته كوكيله أو بأبائه الشرع كالوصى من جهة القاضى وقد يكون حكماً يعنى شخصاً يقوم مقامه حكماً أى يكون قيامه عنه حكماً لا مراً له واقتصر المصنف عليها نفياً للمسخر من جهة القاضى فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذى ينصبه القاضى لسمع عليه الدعوى وكذا لو حضر المدعى رجلاً لا غير خصمه لسمع القاضى الخصومة والقاضى يعلم أنه ليس بخصم لا لسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضى الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناه الى باب داره فينادى على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والايحكم عليكم أما في غير ذلك الموضع فلا ود كرمحمد في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكاه يطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعنى على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال انه مدر الشهد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضى أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدى الروايتين كما ذكره طهري الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضى على الغائب روايتين ذكر شمس الأئمة السرخسى وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفتود دخا هر زاده لا ينبغي للقاضى أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضى أن يقضى على الغائب الآن مع هذا لو وكل وكيلاً وانفذه لخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذى يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو وكلاء الحدود في فذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في بدر رجل ادعى آخر أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذوال اليد فالقاضى لا يأمر ذا اليد أن يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب البين من أدب القاضى ولم أجدها عنه وأما الثالث فما إذا كان ما يدعى عليه على الغائب سبباً لا محالة ما يدعى عليه الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما إذا كان ما يدعى على الغائب (شرط الحقة)

دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجه فلانا الغائب وكلنى أن أحللك اليه فقالت انه كان قد طلقنى ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينها في حق قصر يد الوكيل عنها الا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليه اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول براء فان كان في قوله فان كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر فحسبنا

وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيل بالجل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيل بالجل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق فلا يهـما فان قيل كلام المصنف (٤٩٦) ساكت عن هذا القيد قلنا اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن

فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

التقييد ودان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطا لحقه أى لحق المدعى على الحاضر كمن قال لا امرأه ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الخالف عليه ان فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بينته على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخير الاسلام وشمس الأئمة الا زوجة دى ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب وتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيل عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقره كالوصى من جهة الذانى لان كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو واحد الى الواجبين فيه فكانه اختاره

لا سيما لا محالة أو قد يكون سببا وقد لا يكون (فانه لا معتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع) مثال السبب المزوم لا محالة في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئين وثلاث فيما يكون واحدا أما ثلاث الواحد ادعى دارا في يد رجل انهما ملكه وأنكر ذوال اليد فأقام البينة انهما اداراه اشتراهما من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملكه والثانية ادعى على آخره كقول فلان الغائب عما يدوب له عليه فأقر المدعى عليه بالملك فأنكر الذوب فأقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذوال اليد الدار ذرى ما اشتريته من أحد فأقام المدعى البينة ان ذال اليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفعي بها يقضى بالشراء في حق ذى اليد والغائب ومثال ثلاث الشئين احداها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلى حد العبيد وقال المدعى القاذف بل أعتقك مولاك فعليك حد الا حار والمولى غائب فأقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيان الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البينة ان مولاهما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عدا وله وليان غائب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى ما لا وأنكر القاتل فأقام المدعى البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منقضى عما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منه ما ان الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أبي حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلا مع ان اعناق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة أوجب بأن عدم القبول عنده هنا لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لان الساكت اذا اختار تضمين المعتق بصير العبد مكاتباً من جهة المعتق وان اختار الاستعانة بصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجهولاً فلا يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضاً شيئين وقد يكون واحداً ويانه في مسئلتين احدهما قال لعبد رجل مولاك وكنتي بحملك اليه فأقام العبد البينة ان مولاه أعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى إعادة البينة به والثانية رجل قال لا امرأته غائب وكنتي زوجك بحملك اليه فأقامت بينة انه طلقها ثلاثاً يقضى بقصر يد الوكيل عنهم دون الطلاق ولو حضر وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادة أو بينة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا لانعزال بان وجد بعد الوكيل فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق

والعتاق

بقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو واحد الى الواجبين فيه فكانه اختاره (قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصى) أقول فيه شئ فان كاف التسمية تدل على خلاف ما ذكر

قال (وبقرض القاضي أموال اليتامى الخ) للقاضي أن يقرض أموال اليتامى ويكتب الصك لاجل (٩٧) تذكر الحق وهو الاقراض لان

في اقراض أموالهم مصلحة لهم
لبقائها محفوظة فان القاضي
لكثرة أشغاله قد يعجز
عن الحفظ بنفسه وبالوعدة
ان حصل الحفظ لم تكن
مضمونة بالهلاك فلم تكن
مضمونة وبالقرض
تصير محفوظة مضمونة
فيقرضها فان قيل نعم هو
كذلك لكن لم يؤمن الثوى
لجود المستقرض أجب
بقوله والقاضي بقدر على
الاستخراج لكونه معلوما له
وبالكفاية يحصل الحفظ
وينتفى النسيان بخلاف
الوصى فانه ليس له أن يقرض
فان فعل ضمن لان الحفظ
والضمان وان كانا
موجودين بالاقراض لكن
مخافة الثوى باقية لعدم
قدرته على الاستخراج لانه
ليس كل قاض يعدل ولا
كل بيئة تعدل والاب كالوصى
في أصح الروايتين لانه
عاجز عن الاستخراج وهو
اختيار الامام فخر الاسلام
والصدر الشهيد والعنابي
وفي رواية يجوز له ذلك
لان ولاية الاب تسم المال
والنفس كولاية القاضي
وشفقته تمنع من ترك النظر
له والظاهر أنه يقرضه ممن
يأمن بحوده وان أخذه
الاب قرضاً لنفسه فالقراض
يجوز وروى الحسن عن
أبي حنيفة أنه ليس له ذلك

قال (وبقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب الصك لاجل) لان في الاقراض مصلحة لهم لبقاء الاموال
محفوظة مضمونة والقاضي بقدر على الاستخراج والكتابة يحفظه (وان أقرض الوصى ضمن) لانه
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصى في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث
انه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من
ضرورة انعزال الوكيل لتحقيق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقيق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل
فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الآن ما يدعيه على الغائب ليس
سببا ما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فيما في مسائل أحداهما فالواقفين اشترى جارية فادعى
المشتري على البائع انه كان زوجهما من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد أن يرد هاهنا العيب وأنكر
البائع فاقام المشتري على ذلك بيته فانه لا يقضى بها لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى
شياء أن الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما
يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون زوجهما طلقها فان أقام البينة على البقاء بأن شهدوا
على انهما امرأته للعمال لا تقبل أيضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شرافا فاسدا اذا أراد
البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لافي حق الحاضر
ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطال حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ
البيع بينهما فيعد ودفع البائع في الاسترداد والام يمكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما
في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الشالفة رجل في يده دار بيعت بجنينها دار فأراد واليد
أن يأخذ المشترة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيديك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع
البينة انما داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان
المدعى شيئا والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو
فسخ بعد الشراء وأزالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء
ولا بيته عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا لما ذكرنا وأما ما يكون شرطاً فاعامة المشايخ فيه على أنه
لا ينصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته حال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق
فادعت أن فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق به لانه ابتداء القضاء
على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندى فيه بانتصاب الحاضر خصما عن
الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق فبرهنت على دخول فلان
حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء اذ ليس فيه ابطال حق
له فصار الأصل ان ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس
فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا يقبل (قوله) وبقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب
ذكر الحق) وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان في الاقراض مصلحة لهم)
لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر وفي القرض بقاؤها محفوظة
عن ذلك مضمونة (والقاضي بقدر على الاستخراج) فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصى فانه
لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوفقه الشهود ولا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بيئة تعدل ولا
كل قاض يعدل وفي الحق بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اضرا بالصفغار على الاعتبار (والاب
كالوصى في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولاية من الوصى

(٦٣ - فتح القدير خامس) (قوله) ويكتب الصك لاجل تذكر الحق الخ) أقول فيه إشارة الى ان انتصاب ذكر

الحق لكونه مفعولا له ليكتب وعندي ان قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى

باب التحكيم

لأنه في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانعة من ترك النظر والظاهر أنه يقرض من يأمن بحجوده وعلى هذا قالوا وأخذوا بالابقرض لنفسه يجوز أن يقرض الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز والجواب أن الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس بقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل تمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فإنه لو لم يجد الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه انما تنفي عدم وجود الملافة أما لو أعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال الخصاف ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختلف حال أحد منهم بأخذ منهم المال قبل أن يمسر فلا يقدر وكذلك لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي إقرضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه ولتفصلها فنعقدنا في قول للشافعي أنه يجوز وطاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز وعن كل منهم ما رواه بالجواز كقولنا لأنه صلى الله عليه وسلم قال له نذبت عتبة خذني من مالي ما يكفيك وذلك بالمعروف فهذه إضاء بعلمه وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حداثته من قرض أو بيع أو غصب أو تطبيق رجل امرأته أو قتل عمدا أو حد قذف وأما إذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولى فرغت إليه تلك الحادثة أو علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرغت إليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفي التجربة جعل قول محمد مع أبي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضى واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة وسواء كان مقلدا للرستاق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمفاز لا ينفذ عند أبي حنيفة ومحمد ونص أصحاب المال عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء فعند أبي حنيفة لا يقضى وعندهما يقضى وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم

هذا أيضا من فروع القضاء والحكم أحط رتبة من القاضي فإن القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم وأخبر عنه ولهذا قال أبو يوسف أنه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته بخلاف القضاء لأن حكمه بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكماء من أهل الآية وفيه نظر وأما السنة فما قال أبو بشر يارسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائي وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما تفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى أنه كان بين عمر وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتاهم فخرج زيد وقال لعمره لا بعثت إلى فأتيتك يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخل بيته فأتى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت البيعة على عمر فقال زيد لا يلوأعيت أمير المؤمنين فقال عمر بين لزمته فقال أبي نعني أمير المؤمنين ونصه وإليه علم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التمهيس وانما هي لاشتباه الحادثة عليهم ما تقدمت إلى الحكم للتمييز لا للتلبيس وفي الحديث جواز التحكيم وإن زيدا كان معروفا بالفضيلة وقد روى ابن عباس رضي الله عنهما ما كان يختلف إليه وبأخذ بر كاه عنسدر كويه وقال هكذا أمرنا أن نصنع بنقها شافق قبل زيديده وقال هكذا أمرنا أن نصنع بأشرفنا وفيه إن الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء وتأخير من حيث أن المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكماء من أهلهم وحكاما أهلها والصلابة رضى الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم

باب التحكيم

(قوله وعموم ولاية القاضي) أقول المراد بعموم ولاية القاضي هو تعدى المحكم الصادر عنه إلى غير المتخاصمين كما في صورة القتل خطأ وامثاله لأنه يجب أن يكون مولى على أحاد كثيرة من الناس فإنه قد يروض إليه الحكم في قضية واحدة بين الشخصين المعينين كما لا يخفى إلا أنه يمكن أن يقال لا يطلق اسم القاضي لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

(واذا حكم رجلان رجلا لبحكم بينهما اورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما) اصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلة فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبي يوسف لكنهما وقعت فانما حازان في القضاء دون التحكيم عنده وأوجب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الابتراضى المخصصين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والأمانة لانه نفويض (واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلو حكم امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقدح كما ولا يحكم الكافر ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي ان حكمه المسلمون وان حكمه أهل الذمة جاز

٤٩٩

وتراضيهما عليه في حقهما
كتقليد السلطان اياه وتقليد
الذي لبحكم بين أهل الذمة
صحح دون الاسلام فكذا
تحكيمه والمحدود في
القذف وان تاب لانه ليس
من أهل الشهادة عندنا كما
سبأني والفاسق والصبي
لعدم أهلية الشهادة فيهما
ليكن اذا حكم الفاسق
يجب أن يجوز عندنا كما مر
في أول أدب القاضي أن
الفاسق لا ينبغي أن يقد
القضاء ولو قلد جاز

(واذا حكم رجلان رجلا لبحكم بينهما اورضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما
وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فاشترط أهلية
القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانه عدم أهلية
القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى

الى العالم في بيته ولا يبعث اليه لياثمه وان كان أوجه الناس وأما القاء زيد الوريدة فاجتهاد من قوله صلى
الله عليه وسلم اذا أناكم كرم قوم فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداءه لعدى بن حاتم وان
الخليفة ليس أخيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالحلف
صادقا وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لا مراً آخر وان اليمين حق المدعى له أن يستوفى وتسقط
باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما اورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز)
لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما) وسند كره لهذا تخصيصا أولها قوله (وهذا اذا كان
المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي) الآن
يحكمه ذميا لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف
والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والفاسق اذا
حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى) الفاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهم) عطف على
جواب المسئلة أعني قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقد منها على الجواب ولو قدم المحرور وقال وعليهما
ينفذ حكمه كان مفيدا للمعصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما فلوحكماء في عيب بالمبيع فقطى برده ليس للبائع
أن يرد على بائعه الآن يترضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فعينئذ يرد على الاول ولو
اختصم الوكيل بالبائع مع المشتري منه في العيب فعلم برده على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب
يحدث مثله رواية واحدة الآن يرضى الموكل بتحكيمه معهم وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل
الموكل معهم في التحكيم في لزومه للموكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط
هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكمه بعد ما فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ
كافي المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم
العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي الغنى يجوز
تحكيم المكاتب والعبد المأذون بالخبر وتحكيم الذي ذميا لبحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا

والشيخ الامام شيخ الاسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلة في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة
في فصل التقليد هو انه اذا استغضى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الاثر في باب الجمعة من صلاة المنتقى رواه ابراهيم عن محمد
والعبد اذا استغضى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الاثر انتهى واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومعراج
الدارية أيضا (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول في المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم
الحرة انتهى وفي شرح الكافي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون بالخبر وقال في النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل
هناك انتهى فلا مخالفة كما توهم ثم قوله فتحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أى فوض الحكم اليه (قوله فلا
يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي الخ) أقول المراد بالكافر ما عدا الذي يفسر منه المقابلة

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) لا اتفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاها جميعا) لان ما كان وجوده من شئين لا بد له من وجودهما أو ما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل بعدم أحدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الاتفاقهما أيضا فان قيل اخرج أحدهما سمي في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهب ماضاه لانه) اذا نقضه لم يحكم الا بذلك (للا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى حاكم بخالف مذهب لم يتمكن من نقضه ولو لم يرض لتمكن لان امضاء الاول بعزله حكم نفسه (وان خالفه أبطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) (٥٠٠) بخلاف حكم الحاكم كانه قدم فلانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهب لمعوم ولا يثبت فكان

فضاؤه جهة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يردّه قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حق الله الى بانفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها وأما في حد القذف والقصاص فتد اختلفت المشايخ قال شمس الأئمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكري الذخيرة عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كافي الاموال وذكري الخصاص أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمه ولها لا يمكن الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاها جميعا (واذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاء) لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه أبطله) لان حكمه لا يلزم لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمه ولها لا يمكن الاباحة فلا يستباح رضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح لانه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما اذ هما المولى ان له فلهما عزله قبل أن يحكم كأن السلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نفذ حكمه لزمهما الصلح بصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقط لانه لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاء لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) بعينه (وان خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا أن يكون جورا ينافي يختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس اعموم ولاية الخليفة المقلد بخلاف المولى لانه انما لهم ولاية على أنفسهم فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليد دمه اياه بعزله اصطلاحهم على شئ في المجتهدات كان للقاضي أن يبطله أو ينفذ حكمه كذا هذا وهذا بين لك أن المراد من قوله وان خالفه أبطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز أن يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي (قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاص قال شمس الأئمة في شرح أدب الخصاف من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود والخالفه حق الله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد بالخصاص أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم المحكم بعزله الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانها يندران بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح) وفي

الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بجهة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفي بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا (وتخصيص القصاص والحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات) كالكتابات في جعلها راجعة والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الأئمة الخلو في مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز الآن الامام الاستاذ بأعلى النسب كان يقول بكم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدى الى هدم مذهبنا (قوله وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الاتفاقهما) ما (الخ) أقول كالمبيع فانه لا يفسخ الا باتفاق المتبايعين ففي الجواب كلام قال المصنف (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاء) أقول فعلى هذا حكم المحكم يلزم الوقف على مذهبهما في ديارنا عليه الحاكم الحنفى بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما والمأخوذ على القضاة الحكم بالاصح

وان حكمهم في دم خطا لا يتقد الا في صورته لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف لنص حديث جـ ل بن مالك قومه وافدوه كما سيأتي في كتاب المعامل ان شاء الله تعالى (قوله الا اذا ثبت) استثناء من قوله رده القاضي أي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (٥٠١) وأما أروش الجراحات فان كانت

بحيث لا تتحملها العاقلة ونجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول كان عمدا وقضى على الجاني

حاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة قصاصا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضي بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضي على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويجوز ان يسمع البينة) يعني أنه لما صار حكمهم ما يتسلط بهما جاز ان يسمع البينة (ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع واذا أخبر المحكم باقرار أحد الخصمين) بأن يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد أزمناك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشيء

وان حكمه في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف للنص أيضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (ويجوز ان يسمع البينة) ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة

الصلصة قضاء الحكم في الطلاق والعنق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيع والكفارات والقصاص وأرض الجنائيات وقطع يد عمدا بينة عادلة جائزا اذا وافق رأى القاضي وعن أبي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصح عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف بأنهم مال الولاية له ما على دمه ما ولذا لا يمكن الاباحة يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحل لا آخر قتله لا يدفعه وهذا لان المقضى عليه هو الاصل في التحكيم والاخر أعني الطالب تبع فكون أحد دمه ما هو الذي تحكيمه ليس الاقوى عليك أن يستوفيه لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر والاخر لا عليك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف بنفذه لكن لا ينفذ في به وفيها روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه بطلاق اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامسالك المرأة الخلو بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أو لا فقيها فافتاه بطلاق اليمين وسعه امسالك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة تزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه ببيعة اليمين فانه ينفذ الاخرى ويسلك الاولى عمدا لا يقتواهما وفي الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي إلى شافعي ليحكم بينهما بطلاق ذلك النكاح وبطلاق الثلاث يجوز وكذا لو حكم بذلك حكمي يجوز ولا يبقى به لما مر يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث إلى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكم في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (رده ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لانه يخالف رأيه والنص) وهو حديث جـ ل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطا (باقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كالاتعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجب الدية في ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة بل نجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث

أوقامت عليه بينة بشيء لم يلتفت إلى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم عليك انشاء الحكم عليه بذلك (اذا كانا على تحكيمهما) فبذلك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو بينة قامت عندي على ذلك (فانه يصدق في ذلك) (قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه للتعيب بالاقرار والنكول (قوله وقد أزمناك ذلك الخ) أقول انشاء الزام والحكم أيضا

ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذا ههنا (وان اخبر بالحكم مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله في حكمت بكذا كالفاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لابو به وولده وزوجته باطل) لان أهلية الشهادة شرط (٥٠٣) للقضاء والشهادة لهؤلاء لا غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين المولى

والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكر رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الرأي) (٥٠٤) كتم أحدهما لا يجوز لانهم ما انغارضيا برأيهم ما ورأي الواحد ليس كراي المنسني ولا يصدر فان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهم ما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى أي متفرقة من شئت تشتيما اذا فرق ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لمفات من الكتاب وبترجوئه بمسائل شتى أو منشورة أو متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس أن يسوئرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر

ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لان قضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لابو به وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لا يقبل شهادته لهؤلاء لان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لان قضاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكر رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (واذا كان علول رجل وسئل لا خرف فليس لصاحب السفلى أن يتدفيه وتداوله لا يقب فيه كوة تعلمه العاقل لا يجوز قضاؤه به أصلا لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقل لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو اخبر) يعني المحكم لو قال لاحدهما أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بهذا فعند لو عندي وقد ألتزمتك ذلك وحكمت به هذا فانكر المقتضى عليه أن يكون أقرأ أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان الحكم مادام تحكيمهما قائما كالفاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذلك الحكم الا أن يخرج به الخطاب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليه ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد أن قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالفاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لابو به وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لا تنقائم (قوله ولو حكر رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأي) وانغارضى الخصمان برأيهم ما فلا ينفراد أحدهما ثم لا يصدق الحكم في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالقضاة باشر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجوز لانهم ما جلاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحدا الحكمين لا ينفرد فلو حكر عبد أو حرام لم يجوز ولو حكر مسلم ومشرقا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق به دار الحرب لم يجوز حكمه عليهما ولو أمر الامام رجلا بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جازو يصير كالفاضي ولو أمر القاضي رجلا لم يجوز الا بأذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يترضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكر رجلا فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما ما إذا جازاه جاز وليس للحكم أن يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجاز القاضي لم يجوز الا أن يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعلى الوكيل الثاني ولو حكر واحد الحكم لاحدهما ثم حكر آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جورا أبطله وكتاب الحكم الى القاضي وقبله لا يجوز فان كتب اليه فاض فرضي به الخصمان حكم حينئذ بعقضي الكتاب

مسائل منشورة من كتاب القضاء

(قوله واذا كان علول رجل وسئل لا خرف فليس لصاحب السفلى أن يتدفيه وتداوله لا يقب فيه كوة

بعدها القضاء بالمواريث والرحم وانه جدير بالتأخير لا محالة (واذا كان علول رجل وسئل لا خرف فليس لصاحب السفلى عند أن يتدفيه وتداوله لا يقب فيه كوة

مسائل شتى من كتاب القاضي

(قوله مسائل شتى أي متفرقة من شئت تشتيما) أقول بل من شئت يشئت شتا وشتيما اذا فرق وافترق

بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبني على علوه ولا أن يضع عليه جذعاً لم يكن له ولا يحدث كنية فالأرض صاحب السفلى
(عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني أن بأحنية أنما
منع عما منع إذا كان مضراً وأما إذا لم يكن مضراً فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر
فصل في حجة عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر (٥٠٣) أصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسيره

وأنما (الأصل عندهما
الاباحة لأنه تصرف في
ملكه والمالك يقتضي
الاطلاق) فلا يمنع عنه إلا
بعارض الضرر فإذا لم يكن
ضرراً لم يمنع بالحق (تفأوا) أعما
تظهر غيرة الخلاف (إذا
أشك) فعندهما (لم يجوز المنع)
لأن الإطلاق بينهما
واليقين لا يزال بالشك
(والأصل عنده الحظر لأنه
تصرف في محل تعلق به
حق محترم للغير) وهو
صاحب العلو لأن قراره
عليه ولهذا يمنع من الهدم
اتفاقاً وتعلق حق الغير بملكه
يمنع المالك من التصرف
كما يمنع حق المرتبة من
والمستأجر المالك عن
التصرف في المهرهون
والمستأجر (والاطلاق
بعارض) وهو الرضا دون
عدم الضرر فتأمل (فإذا أشك)
لا يزال المنع) إذا كرنا
(قوله على أنه لا يعرف عن
نوع ضرر بالعلوم توهين
بناءً أو نقضه فجمع عنه)
استظهر على المنع لفائدة
ما قبله ذلك

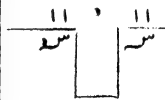
عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقال يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا
الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قبل ما حكى عنهم ما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا
خلاف وقيل الأصل عندهما الاباحة لأنه تصرف في ملكه والمالك يقتضي الإطلاق والحرمه بعارض
الضرر فإذا أشك لم يجوز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق
المرتبة والمستأجر والاطلاق بعارض فإذا أشك لا يزال المنع على أنه لا يعرف عن نوع ضرر بالعلوم
توهين بناءً أو نقضه فجمع عنه

عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعاً والاتفاق
على أن ليس له أن يهدم سقفه لما فيه من إبطال حق صاحب العلو في ملكه العلو (وقال يصنع ما لا يضر
بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) أو يضع عليه جذعاً أو يشرع كيفية
والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتد يتقدم باب ضربه (قيل ما حكى عنهم ما تفسير لقول أبي حنيفة)
لأنه أنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في
محل وقوع الشك في الاشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقاً وما فيه ضرر ظاهر كفتح
الباب ينبغي أن يمنع اتفاقاً وما يشك في الضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع لأن
(الأصل) فيه (الاباحة لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشك لم يجوز المنع) لأن اليقين
لا يزال بالشك كإلزام نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كان نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسحه
(وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقاً وتعلق
حق الغير بملكه يمنع تصرفه كالمهرهون والمستأجر تعلق به حق المرتبة فنعى الرهن من التصرف فيه
وذ كشيخ الاسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر
بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الاسلام أيضاً إذا أشك تصرف صاحب العلو يضر بالسفل أولاً
لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار أنه إذا أشك لا يملكه وإذا لم يضر يملكه وذ كر قاضيان لو
حفر صاحب السفلى في ساحة بئر أو ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو
وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت أن ليس لأصاحب السفلى هدمه فلو غدمه يجبر على
بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن إذا قتل المهرهون والمولى إذا قتل عبده
المديون وهذا أصل كل من أجبر على أن يفعل مع شيء بملكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شيء بملكه فهو
متطوع لأنه لم يبق وهو المطالبة بالشاركة في الفعل كنهري بينهما امتنع أحدهما عن كربه وكري
الآخر أو سفينته تقفوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبداً مشتركاً
فقداهما أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعاً كما لو جلس وسفل لآخر
وسقط السفل فبنائه الآخر لا يكون متطوعاً لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه فكان في بنائه أيام مضطراً

(قوله وأنما تظهر غيرة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله إذا أشك) أقول كهذه الأشياء المارة كورة (قوله وهو الرضا دون عدم الضرر)
أقول وفيه بحث يظهر به للاحظة السياق ألا يرى أن المراد إشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بينتين انتهى البناء
متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلاً عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيه على
أن العدم أمر لا يثبت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجوداً وعرض العدم وليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون
إطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

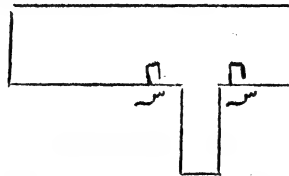
قال (واذا كانت زائفة مستطيلة تنسب منها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائفة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائفة القصوى) لأن قصه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع فيها حق الشفعة

قال (واذا كانت زائفة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تنسب عن يمينها أو يسارها من لها على هذه الصورة



ليس لاهل الزائفة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائفة القصوى لأن فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لأن المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لأن تلك السكة لهم خاصة

ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلف في ان القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والجسم ما ذكرنا اذا كان يمكنه قيمة الساحة ليعنى في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وزكر الخصاص أنه يرجع عما أنفق وهو هذا عندى في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لواء البناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسم فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار الجارين سطح احدهما أعلى ومسيل ماء العلى على الاخرى فأراد صاحب السفل أن يرفع سطحه أو يبنى عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسديد مائه الى طرف الميزاب واذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لاجل اسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلو وبين حق التسديد حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبني أحدهما للباقي أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الاضمية حائط مشترك أراد أحدهما انقضه وأبى الشريك أن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدماه وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر أن أس الحائط عريضا يمكنه أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسم لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر أنه ان لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة رجوع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسم وفي شهادات فتاوى الفضلى لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فنصف قيمة البناء انتهى فلو حل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاص مع قول ابن الفضل عما أنفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وهذا لانه كان مضطرا في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما باذن الشريك لأشك أنه يجبر الهادم على البناء ان أراد الآخر كلوا هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل والاصح أنه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهم هدم دار جاره لا يضمن (قوله وان كانت زائفة مستطيلة تنسب منها زائفة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعنى المنشعبة (فليس ل) أحدهم (أهل الزائفة الاولى) اذا كان له جدار في الزائفة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا في الزائفة المنشعبة وهذه صورتها

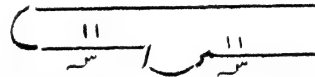


بـخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لان فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا الفتح كوة او بالالاستضاء دون المرور لم يمنع والاصح (٥٠٥) أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح

لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقدم العهد ربما يدعى الحق في القصورى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائفة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام الترمذى والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الإشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزائفتين جميعا لان الإشارة بذلك الى المثني والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل ارايتم ان اخذ الله سمكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من الله غير الله بآتيكم به أى بذلك على أحد الوجهين وان كانت الزائفة القصورى مستديرة قدر لزق طرفاها يعنى سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلعل واحد منهم أن يفتح بابا في أى موضع شاء لانهما سكة واحدة اذهى ساحة مشتركة

بـخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لان فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح أن المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق في القصورى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قدر لزق طرفاها فلهما أن يفتحا) بابا لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

والذى يمكنه أن يفتح بابا في الزائفة القصورى هو صاحب الدار التى في ركن الزائفة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق لاهل الزائفة الاولى في المرور في الزائفة القصورى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصورى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصورى فان لاحدهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذلك له أن يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذا لم يكن مرافقه ليلانها في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعى بتركيب الباب وطول الزمان حتى في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب مع هذا نفسه دعوى حق المرور يكون القول قوله للظاهر الذى معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المشعبة (مستديرة فلهما أن يفتحا) لان لكل منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها



وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد انسان يعنى من أهله أن يتخذ مذبيحا ان ترك من الطريق قد ردم المر للناس ويرفعه سريعا يفعل في الاحياء مرة لا يمنع منه وكذلك أراد أن يبنى آريا أو دكانا وهو الذى تسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الدار للمشتري أن يأخذ برفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذلك لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري أن يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو أن رجلا حائط وجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل أو انه ردم الحائط فوقع نقصه في داره فأراد أن يدخل ليميل الطين وغيره فغضب صاحب الدار وأله حجرى ماء في داره فأراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنع يقال له اما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بما له أو تفعل بما لك كذا روى عن محمد بنه أخذ الفقيه أبو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضر بصاحبه وان يتوضوا يجيئ لا تضيق عليهم الطريق مرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر أن يسويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذلك كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير أن في الطريق لا يضمن نقصان

(٦٤ - فتح القدير خامس) لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة



(قوله فيجوز أن يكون حالا الخ) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة في اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الإشارة بذلك الى المثني والجمع صحيحة) أقول يعنى أن الإشارة بلفظ ذلك الى المثني والجمع صحيحة وتأويل ما ذكر

الحفر وفي أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنها ويرفع
 بناءها وأراد ألا يخرمعه وقال تستدعي الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماماً وتنورا
 وإن كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بناءه باباً أو كوة لم يكن
 لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه ما يشترطه ولو اتخذ بئراً في ملكه
 أو كرى سائلاً أو بالوعة فنزمتها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فإن سقط الحائط من ذلك
 لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً شكك إليه من
 بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فسجست البئر فكسبها صاحبها
 ولم يفتنه بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني وفي
 مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والخيول يتأذون من نتن السرفين ولا يأمنون على الرعاة ليس
 لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد ولو حفر في داره بئراً فنزمتها حائط جاره ليس له منعه قال في
 فصول العمادى نقلاً عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك وذكر
 غيره تسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لأن صاحب البناء
 كان ينتفع به وملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سد الهواء بالبناء فأنما منعه
 عن الانتفاع بملكه ولم يلف عليه ملكاً ولا منفعة فصار كالألو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد
 قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصور هذه المسئلة رواية في مسئلة
 لارواية لها في الكتب ومصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل
 منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين قال في الفتاوى الصغرى إن كان في
 القديم سقف واحد لا آخر أن يمنعه وإن كانا سقفين فليس له منعه قال وحده القديم أن لا تحفظ أقرانه
 وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة ولو أقام أحدهما البنية على أنه قديم والآخر على أنه حديث
 فيمنع القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي أن لا يكون له المنع على
 قياس هذه المسئلة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع به وملك نفسه
 انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق أن في هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء
 من الحوائج الأصلية وفي مسئلة الأصل يمنعه عن الشمس والريح وذات الحوائج الزائدة انتهى وأما
 قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر
 كالتعازير والحدود ونحوها وطبخ ينتشر به دخان قد ينجس في خصوص أما كن فيتضرر به
 جيران لا يطبخون لفسادهم وحاجتهم خصوصاً إذا كان فيهم مريض يتضرر به وكأثر ينكأ من
 الضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي إلى هدم
 بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رحمه الله أن الدار
 إذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للبخير الدائم أو رحي للطبخ أو مدقة للقصارين
 يمنع منه لأنه يتضرر به جيرانه ضراً فاحشاً قبيل وأجمعوا على منع الدق الذي يهدم المحيطان ويوهنها
 ودوران الرحي من ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بداله
 مطلقاً لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى
 ضرره إلى غيره ضراً فاحشاً كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سبباً للهدم
 وما هو من البناء سبباً له أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء
 بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه وأما التوسع إلى منع كل ضرر مما فيسد
 باب الانتفاع بملك الإنسان كما ذكرنا قريباً ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه بحجرة سطعها وسطح جاره

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار بيد رجل ادعى عليه آخر أن له فيها حقاً وأنكر ذلك واليد تم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الإنكار وسأني الكلام فيه في الصلح أن شاء الله تعالى فإن قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقدره شرط صحة الدعوى ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لم تصح دعواه أجاب بأن المدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط ولا تنفذي إلى المنازعة والمنازع منها ما أفضى إليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أولاً فإن كان الثاني صح (٥٠٧) دعوى من ادعى على إنسان شيئاً

لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلاً عن الفوائد الظهيرية وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى ولكنه صحيح والجواب باختيار الشق الأول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لأن صحة الدعوى ليست بشرط صحة الصلح لأنه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب أن الحاكم بقول المدعى دعواه فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه إزالة الفساد بأعلام مقدار مما يدعى فلا يكون رده مفيداً قال (ومن ادعى داراً في يد رجل الخ) إذا ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً وسلمها إليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم وبمحمد دعواه ذواليد فسئل البيهقي فقال لا بينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فبعدني الهبة فأضطرت إلى شرائها منه فاشترتها منه وأشهدت عليه

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهو مسألة الصلح على الإنكار) وسند كرها في الصلح أن شاء الله تعالى والمدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تنفذي إلى المنازعة على ما مر قال (ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فسئل البيهقي فقال لا بينة فاشترتها منه

متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره ليس له ذلك فلما أراد أن يمنعه من الصعود حتى يتخذ ستره أن كان إذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع وإن كان لا يقع لكن يقع إذا كانوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمداد وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يقع صاحب العلو كونه ينبغي أن يقال في هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وإن كان بصره يقع في دار جاره ألا ترى أن محمد إرجه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في علوه مع أن بصره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره بيناء السترة أن يشاركه في بنائها لأن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دار بين رجلين قسمها وقال أحدهما بنيت حائزاً بيننا ليس على الآخر حاجبته وإن كان أحدهما ما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما بنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعل القاضى للمصلحة ونظيره في فتاوى أبي الليث رجل في داره شجرة فصر صاذاً ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه إذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد أحسن الصمد الشهيد في واقعاته حيث قال المختاران المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم لأن هذا جاع بين الحقيين (قوله) ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهو مسألة الصلح على الإنكار وسند كرها في الصلح أن شاء الله تعالى) ونقل في النهاية عن بعضهم أنه أراد بالدعوى مقداراً معيناً كالثمن ونحوه لتصح الدعوى فإنها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والظهير الذين أنه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح إذا كانت صحيحة لأن الصلح انما يصح لاقتداء اليمين واليمين انما تتوجه إذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول أبي حنيفة فإنه لو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فاصالحته على مال دفعته إليه صح مع أن اليمين لا تتصور في النكاح عنده فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وإن كان مجهولاً فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تنفذي إلى المنازعة) يعني وهو المانع (قوله) ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا وقناعينه كقوله منذ شهرين وسلمها إلى فلان كذا وهي الآن في يده وأطالبه بدفعها إلى فطالبة القاضي باليمين فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لأنه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فاعبسها عني فاشترتها منه

(قوله) فإن قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول لا ينبغي أن يقرر السؤال الأول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مفسدة لاسائر العقود فيفسد الصلح أيضاً ويحجب بأن المفسدة هي الجهالة المفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لأنها جهالة في الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الأول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعى عليه حتى يفقد الصلح على ما سيجي (قوله لأنه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لاقتداء العين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية في الهامش

وأقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل اظهر التناقض من وجهين احدهما من حيث ان المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال بجحدي الهبة فاشترى ثمنها منه والفاء للعقب والشهود وشهدوا بشراء قبلها فكأن الشهادة مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت بموجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لانه حينئذ يكون قائلاً وهب لي هذه الدار وكانت ملكاً لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت (٥٠٨) شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله أى قبل عقد

الهبة أو وقتها وفي بعضها قبلها أى قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقبل بجحدي الهبة فاشترى ثمنها منه لم تقبل أيضاً لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع عنه فعدت مناقضاً وأما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض قبل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضاً لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء مملوك بالهبة وأجيب بأن لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحاً قال (ومن قال لا آخر اشترى منى هذه الجارية الخ) رجل قال لا آخر اشترى

وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل اظهر التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعد هاتين لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقبل بجحدي الهبة فاشترى ثمنها لم تقبل أيضاً كره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدت مناقضاً بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها (ومن قال لا آخر اشترى منى هذه الجارية فانكر الاخر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يراها لان المشتري لما جحد كان فسخاً من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا)

وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتاً قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة (لا تقبل اظهر التناقض) بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كأنه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضاً ولو شهدوا به بعد هاتين لوضوح التوفيق (الذي وفقه) ولو ادعى الهبة (يعني وأرخ فطوب بالبينه) فقامت على الشراء قبله ولم يقبل بجحدي الهبة فاشترى ثمنها (توفيقاً) لم تقبل أيضاً كره في بعض النسخ (كأنه يريد نسخ الاصل) لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدت مناقضاً بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملك الواهب عندها أى عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء قبل البينة كالأول ذكر تاريخا بعد الهبة لا مكان الحال على ما ينتق به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا أمكن التوفيق وان لم يوفق المدعى وشاهده ما ذكر في رجل ادعى داراً في يد رجل انها داره اشتراها من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعى على ذلك بينة ولم ترك أولم تقيم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة انها داره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الارث تناقضاً ولو ادعى الارث من الاب أو لاثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لا مكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعى التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينة الا أن يوفق المدعى فكان التوفيق من المدعى شرطاً في رواية وليس شرطاً في أخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسنان فان قيل ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لانه يدعى شراء مملوك بالهبة والتسليم أجيب بأن سائر العقود تنفسخ بالتجاحد الا النكاح وهذا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بمجرد وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه (قول) ومن قال لا آخر اشترى منى هذه الجارية فانكر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يراها (وجهين أحدهما (أن المشتري لما جحد كان فسخاً من جهته اذ الفسخ يثبت بالجد كما اذا تجاحدا)

منى هذه الجارية فانكره ان أجمع على ترك الخصومة أى عزم بقلبه وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب معاً أن لا يتجاسم معه وسعه أى حل له أن يراها لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخاً من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحد انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كالأول فانه لا يحل فسخاً لا محالة (قوله ان ثبت بموجب الشهادة) أقول وجعلناه مدعياً على وفقها قال المصنف (بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول المراد هو الدعا الثابت بموجب الشهادة تأمل

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة ثم الفسخ من الجانبين قبل لو جاز قيام الحدود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لا مرة بعد زوجهما النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تزوج بزواج آخر أقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد الزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا يفسخ بمجرد تنزل المصنف في الجواب فقال وبمجرد العزم ان كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امسالك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهاه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منه ما دلالة وبه يندفع ما قال زفرانه لا يحل له وطؤها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبيعها أو يتركها ولا ولم يوجد ذلك لان التقابل موجود دلالة (قوله ولانه) دليل آخر فان المشتري لما وجد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر رضا البائع وفواته بوجوب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل (٥٠٩) بجوده فسخا من جانبه والعزم

على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني يستترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقرانه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقرانه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو عن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال انه يوفى صدق سواء كان مفصولا أو موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصریح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزوف من جنس الدراهم لانها معيبة بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولولم يكن من جنسها كان التجوز

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة ثم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امسالك الجارية ونقلها وما يضاهاه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيسقط بفسخه قال (ومن أقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا

معاجيت يفسخ قطعا (فان عزم البائع على ترك الخصومة ثم الفسخ) وأورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل له الفسخ ألا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها أو نقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بالفسخ فكان الفسخ باتباعه دلالة كمن قال لا أخرجك هذه الدابة يوما بكذا التركبها الى مكان كذا فاحذر المستاجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية وبني في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجده المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا يئنه فعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول وأراد رده فاحتج البائع الاول عليه بدعواه البيع على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرد أو قبله فلا لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسند كرتنظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا (قوله ومن أقر) ههنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين أمام مسائل القبض ما اذا أقر (انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض) يعني أقرانه قبض من مدينونه بدين قرض

استبد الا وهو فيها لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حلالا له على ماله حق قبضه لا مال له ذلك ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زوف لم يسمع منه فكذا ههنا أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للآزمة وقوله حلالا له على ماله حق قبضه مسلم والزوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يز يدعى حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فبدعواه الزوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنهر جة كالزوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم

(قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شيء محبت يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهاه والمفهوم من السياق هو التاخر وتوجيهه غير خفي (قوله لفوات ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الآن يجعله ركنا محجزا (قوله أو عن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال انه زوف) أقول أي المقبوض زوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فانه اذا صدق في قوله مفصولا على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولا بالطريق الاولى

وعلم من هذا انه لو اقر بالحياد وهو حقه او بحقه او بالتين او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفاً ونهرجه لم يصدق لافراده بقبض الحياد من يحيا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الحياد والتين جياذ والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزئوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لان المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القليل الثاني أعنى المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القليل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا أقر أنه قبض الدراهم بالحياد ثم ادعى انها زئوف فانه لا يصدق لامفصولاً ولا موصولاً وفيما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو ان في قوله قبضت مالى عليه أوحى عليه جعل مقراً بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كقوله قال فلان على ألف الامانة فاما اذا قال قبضت عشرة جياذ فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الانهار يوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كن قال فلان على مائة درهم ودينار الا ديناراً كان الاستثناء باطلاً وان ذكره موصولاً كذا ههنا (قوله وفي الستوفة لا يصدق) يعنى لو ادعاه بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجاوز به في الصرف والسلم لم يحز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولاً لم يسمع وان كان موصولاً يسمع والستوفة أقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوفة أولى وكان الاعتراضين وقعا للذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى

فانه للتراجع ولا تناف في غير الزئوف والنهرجة انه اذا ادعاه لا تقبل موصولاً وأما انه هل يقبل موصولاً أو لا لم يصرح بذلك كره اعتماده على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولاً ويقبل موصولاً وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر في الكلام فيما اذا أقر بالدراهم

ووجه ان الزئوف من جنس الدراهم لانها مبيعة ولهذا لو تجاوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالحياد فيصدق لانه أنكر قبض حقه بخلاف ما اذا أقر أنه قبض الحياد أو حقه أو التين أو استوفى لاقراره بقبض الحياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق والنهرجة كالزئوف وفي الستوفة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجاوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزئوف ما زيفه بيت المال والنهرجة ما رده التجار والستوفة ما يغلب عليه الغش

افترضه أو غن مبيع أو بدل اجارة أو قال غصبت منه أو ادعى ألف درهم ثم قال الانهار يوف أو نهرجه أو قال بعدتم هي زئوف أو نهرجه يصدق في الوصل والفصل وفي المسوط أقر الطالب انه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتم ازئوفاً فالقول قوله وصل أم فصل وإطلاق المصنف قوله صدق بغيره وهذا بخلاف ما اذا أقر بالدين في المسوط في باب الاقرار بالدين لوقال فلان على ألف الجياذ وادعى انها زئوف فانه لا يقبل مفصولاً ولا موصولاً كما تقدم ويجب ان ذلك بأن المنع هناك درهم عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف

(قوله لو أقر بالحياد وهو حقه أو بحقه) أقول قوله أو بحقه معطوف على قوله بالحياد قال المصنف (أو استوفى) أقول معطوف على قبض الحياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان في دعواه الزئوف متناقضاً) أقول لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق اذا وصل أيضاً والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه الخ) أقول قوله أنكر أى في زعم السائل وقوله أقر أى دلالة ثم أقول قال العلامة الزيلعي وبخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم يدعواه العيب بعد ذلك صار متناقضاً فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لاتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقراً بقبض حقه انتهى توضيح ما ذكره في دعوى العيب وفيه بحث لانه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لانه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع تناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول لان قوله جياذ مفسر لا يقبل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر وأنص فيصمّل التأويل هكذا قيل (قوله والفرق هو ان في قوله قبضت مالى عليه الخ) أقول ولا يخفى عيباً ان دعواه كونها زئوفاً لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق (قوله وذكر أحد الجانبين) أقول يعنى البيان مفصولاً (قوله فهم الجانب الآخر) أقول جواب لما (قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول فيه ما مر

درهم من غن مبيع أو قرض أو اجارة إلا أنه از يوف أو نهر جة لم يصدق في دعوى الزينة وصل أم فصل
في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق أن وصل لأن فصل ولو قال لقان على ألف درهم من غير ذكر
سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لأن مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى
الالتزام بالتجارة اذ هو الاثر بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجوده تصير
مستحقة بعد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجوده مستحقة وتأتي الحجج ان
شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد اذا فصل لا يقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة
فهو الجيد وقوله هي ز يوف رجوع عما أقرب فلتنا في مسئلتنا انما أقرب قبض الدراهم وقبض
الدراهم لا يختص بالجيد لأن اسم الدراهم لا يختص بالجيد بل يقع على الز يوف والنهر جة
فاذا قال هي ز يوف أو نهر جة كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم من سكراته
قبض حقه أعني الجيد فيصدق مع عينه اذا كان الاخر يكذب ولم يكن رجوعا عن شيء لأن
الاعم يصدق على كل أخص فاذا انفي انه بعد ما صدق عليه بعينه وانه مما صدقانه الاخرى لا يكون
مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوفة أو رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا وأما
لو اعترف انه قبض الجيد أو حقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الز يوف والنهر جة
لانه في هذا مقرر قبض الجيد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي
الجيد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الاربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها
على السواء فانه اذا أقرب قبض الجيد ثم ادعى انها ز يوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصلا وفيما بقي
يصدق موصولا ولا مفصلا والنزق ان قوله قبضت مالى عليه أو حتى اقرار قبض القدر والجوده بلفظ
واحد فاذا استثنى الجوده فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الامانة اما اذا
قال قبضت عشرة جيد او فقد أقرب بالقدر بلفظ على حدة وبالجوده بلفظ على حدة فاذا قال الا أنها
ز يوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجوده وذلك باطل كما اذا قال على مائة درهم ودينار الا دينار
فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب أن لا يصح استثناء الجوده وان دخلت تحت الاقرار
بلفظ واحد لان الجوده تبع للدراهم وصفة لها واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من
الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعه فلا يجوز
اخرجه موصولا وأما الجوده فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقرب قبض ماله عليه وكما عليه
تسليم الوزن عليه الجوده فكانت داخله تحت قوله مالى عليه وحق عليه مقصودا لا تبعه فاجوز استثناءه
موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تأمل وعندى ان التأمل يشده لا يردده وكأنه
والله أعلم أشكل عليه تبعية الجوده لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدأ تابعة
للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحاصل رده على السائل ان ما يكون تبعاً
في الوجود قد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصده
الباقى سواء كان تبعاً في الوجود له أو أصلا مثله وانما كانت الستوفة ليست من جنس الدراهم لان غشها
غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست
دراهم الا بحار والذا قبل هو معرب سه طاقه يعنى ثلاث طافات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط
نحاس وهي شبه المموه وتمت قب في النهاية اطلاق قوله في الستوفة لا يصدق بل ذلك اذا قال مفصلا أما
في الموصول يجب أن يصدق لانه قال في اقرار المبسوط لو أقرب أنه قبض خمسة درهم ماله على المدينون
ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا
فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم يكن منها معنى فكان بياناً مغير الظاهر كلامه الى

فانه ما عزا الى شيء من
النسخ وتنبه له باستثناء
الدينار فقد لا ينهض لان
الجوده وصف لا يصح
استثناءه فكانه لم يستثن
ثم فسر الز يوف بما يفهم
بيت المال أي رده والنهر جة
بما يزده التجار ولعله أردأ
من الزيف والستوفة
ما يغاب عليه الغش فيسل
هو معرب ستو وهي أردأ
من النهر جة حتى خرج
من جنس الدراهم

(قوله لا يصح استثناءه)
أقول مطلقاً وإذا كان
دخوله في المستثنى منه
تبعاً لا مقصوداً والثاني مسلم
ولا كذلك فيما نحن فيه
والاول ممنوع

قال (ومن قال لا خير لك على ألف درهم الخ) اعلم أن الاقرار إما أن يكون بما يحتمل الابطال أو بما لا يحتمل له فان كان الاول فلما أن يستقل المقر بأثباته أو لا الاول يرتد بدمقره مستقلا بذلك كما أن المقر يستقل بأثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لان المقر أقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما أقر به (٥١٣)

فلا بد له من حجة أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر بأن الزمة المال استحسانا وإذا قال اشتريت مني هذا العبد فأنكره أن يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل بأثباته فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد يعني المقر لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد بأثباته والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان أحدهما يتفرد بالأثبات فيتمردا لا خبر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يفعله التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم وله ذلك لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز أن يقال ان قوله ثم قال في مكانه إشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كانا دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ وذكره ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى بالبائع

قال (ومن قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لان اقراره هو الاول وقد ارتد بدمقره والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وأنكره لا آخره ان يصدقه لان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق أما المقر لا يتفرد بدمقره الاقرار فاقتضا

ما هو محتمل فيصير موصولا في المستوفى أولى لان الرصاص أبعد منها الى الدراهم وذكروا المحبوب في جامعه مصر حاقا قال أما اذا قال وجدته استوفى أو رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقد مننا أن القول قول البائع مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جديدا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحلفه اذا اتهمته (قوله ومن قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الى الاقرار به بعد رد المقر له فقد صدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لانسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للراد أن يعود ويدينه فلما لم يبطل بالرد بقي مقر انسبه لغيره فلا يمكن أن يدينه لنفسه (ولو كان الاقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت مني وأنكره أن) يعود (بصدقه لان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ) فانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به الانفاسخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فيتفرد بالرد فاقتضا) وناقضه في الكافي بأنه ذكره ان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسألة النجاشي قال ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى بالبائع فاستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقضى انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بأن مات ولا يئنه أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولا (وهذه فروع) ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد لو وهبت المرأة صداقها زوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا الوكيل المدون الاربعة ثم رده وكذا الوكيل لعبد وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لانه اعتاق هذا كله في رد المقر له اقرارا مقر فاما لو رد المقر اقراره نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تخليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد ان أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا فلان ثم قال هولي وأراد تخليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا وأراد تخليف الدائن أنه أقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كالمقر ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا وأراد تخليفه لا يحلف وعند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القايض عن الاثهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعى العادة وصار كالمقر بالبائع وقال كان لهجة وطلب بين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصمد الشاهد الرأي في التخليف الى القاضي يريد أنه يحتمل في

فيسبب بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وهما لما أقر المشتري في خصوص مكانه بالشراء لم يستعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثاني كما اذا أقر بنسب عبده من انسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك قال المصنف (فلا بد من الحجة) أقول كيف تقبل حجة وهو مناقض في دعواه أمل في جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للعلام نفسه ولغيره والا مرفى مكانه

قال (ومن ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط ومعه ما في الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فأقام المدعى البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاء أو على الإبراء قبل بيئته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى أنه لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فكان مناقضاً في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعاً للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بمحالها لأن التوفيق أظهر لأن ليس (٥١٣) لنفي الحال فإذا أقام المدعى البينة على

المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً فالأدوات المسئلة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاص المسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال ألا ترى أنه لو ادعى على رجل دم عد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بيئته على الإبراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقية جارية فأنكرت وأقام البينة على رقبته ثم أقامت هي بيئته على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وانما أدت الألف إليه قبلت ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بمحالها لم تقبل بيئته على القضاء وكذا على الإبراء لعدم التوفيق إذا لا يكون بين اثنين أخذوا إعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خبطة ومعرفة وذكر القدوري عن أصحابنا أنه أيضاً تقبل لأن المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على

قال (ومن ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيئته) وكذلك على الإبراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضاً ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعاً للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك على شيء قط لأن التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بيئته على القضاء) وكذا على الإبراء لعدم التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين أخذوا إعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضاً لأن المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابة فيما مر بعض وكلائه براضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق

خصوص الوقائع فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقروا وشهد بحلف له خصمه وإن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا إنما هو بالتفرش في الخصام والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر ما لا) معلوم القدور وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو بيئته على القضاء قبلت بيئته وكذلك) لو أقامها (على الإبراء وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء قط فإذا أقام بيئته على أنه قضاء ناقض (ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى دفعاً للشغب) وإن لم يكن عليه حق (ويبرأ منه) لذا (يقال قضي بباطل) أيضاً (قد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا) لو قال ليس لك على شيء قط (لأن التوفيق أظهر) لأنه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقاً لجواز القضاء أو الإبراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الإطلاق يقتضي قبول البينة إذا احتاج إلى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع ففيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكنت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الأفضية لا ينبغي للقاضي أن يوفق لأنه نصب لفصل الخصومات لا لإنشاء وإن القاضي لا يدرى ما يوفق به المدعى وفي الفوائد الظهيرية كان والذي يفتي بأن التوفيق إذا كان مكناً يجب على الحاكم التوفيق كي لا تعطل حجج الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق إذا كان ظاهراً متبادراً يجب أن يسمع البينة بالتوفيق المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على أنه قضاء وشحوه وإن كان متكلفاً لا يعتبره القاضي واقعاً ما لم يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهما لي ثم أنكر فاشتريتها وكذا فيما يأتي في الجارية لم أبعها له ولا يمكن أقام بيئته كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فإن مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا (فلو) زاد على ذلك (فقال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذوا إعطاء أو ما اجتمع معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بيئته على القضاء أو الإبراء (لم) تقبل) لعدم التوفيق (وذكر القدوري) عن أصحابنا (أنها تقبل أيضاً لأن المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابة فيما مر براضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا

(٦٥ - فتح القدير خامس) بابة فيما مر بعض وكلائه براضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنًا قالوا وعلى هذا إذا كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بيئته وقيل تقبل البيئته على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأنه يتحقق بالامعروفه قال المصنف (ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول مخالفاً لما سألني في الإقرار في تعليل كون قوله قضيتكمها إقراراً قال المصنف (وكذا إذا قال ليس لك الخ) أقول لأن ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضاً في دعوى القضاء لاظهاره ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لك على شيء الماضي فنكون مناقضاً من حيث الظاهر

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على الشراء (٥١٤) فوجد بها عيبا لم يحدث منه في مثل تلك المدة كالأصبع الزائدة وأرادردها

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها أصبعاً زائداً فقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم تقبل اعتباراً بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكرك الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكركا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بهذا الذكرك الحق وقولهما استحسان ذكره في الإقرار) لأن الاستثناء ينصرف

بحسب التفصيل فإن كان المدعى عليه من يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته والاقبلت وفي الشافعي لو قال لم أدفع إليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع إليه شيئاً وقد دفعته أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهما لم يجمع ولهذا الرصدقه المدعى عياناً لا يكون مناقضاً ذكره الترمذي وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بالمعرفة (قوله ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على شرائه) إياها منه فتبعضها (فوجد بها أصبعاً زائداً) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم أنه كان في يد البائع وأرادردها (فأقام البائع بينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشبه إلى أنهم ليست ظاهراً الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافاً بين أصحابنا في الجامع الصغير وإنما حكمه الخصاص عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني قال شارح ولأن البيع غير البراءة من العيب فجعلاً أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق أيضاً أن يكون البائع وكيلاً عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعته لك قط صدقاً فافامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضاً والوجه أعم لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك وتظهر ما ذكر الترمذي أقام بينة على الشراء وذكر المديكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعى قد رد البيع قبلت ولا يبطل إنكاره البيع بينته لأنه يقول أخذها مني بينته كاذبة ثم استقلته فأقالي (ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً) ولا يخفى أن كلاماً من وجهي التوفيق الأول والثالث يدفع هذا (قوله ذكر حق) يعني صكا في إقراره (قال في آخره ومن قام به هذا الذكرك فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب (إن شاء الله) متصلاً بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه إن شاء الله (فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله) الدين في الأول والشراء في هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه) وهو وكالة من قام به وشيمان الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشي واحد) اتصل به الاستثناء (فيمنصرف إلى الكل) للاتفاق على أن قول القائل عبده حراً وأنه طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف

على البائع فأقام البينة على أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكره في الجامع الصغير ولم يحك خلافاً والخصاص أثبتته عن أبي يوسف وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا من صورة الدين فإنه لو أنكره أصلاً ثم أقام البينة على القضاء أو الإبراء قبلت لأن غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق فكذلك يجوز بينهما أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره وذلك يقضى وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضاً بخلاف مسئلة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله الخ) إذا أقر على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكرك الحق فهو ولي ما فيه وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطالب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو

كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلان من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكركا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بهذا الذكرك الحق والشراء صحيح والمال المقربة لازم لأنه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبعاد فلا يكون ما في الصلح بعضه من تبطاي بعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذي للاستيثاق مطلقا واذا لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبعاد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولا يبي حنيضة رجه الله ان الكل فيما نحن فيه كشي واحد يحكم العطف فنصرف الى الكل كماله قال عبده حوامر انه طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل قوله (٥١٥) ومن قام بهذا الذي كرفقد قالوا لا يلتحق

به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه وسن قام بهذا الذي كرفي الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أي حنيضة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بضار لانه في الاسقاطان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضى فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا رضى يوكله وتوكيل مجهول لا عن مذهب أي حنيضة فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

(فصل في القضاء بالمواريث)

الى ما يليه لان الذي للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبعاد وله أن الكل كشي واحد يحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حوامر انه طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب (فصل في القضاء بالمواريث) قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعدموته الى ما يليه لان الذي للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبعاد) فقام العلم بالمقصود من كتب الصلح دلالة على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للاستبعاد لغرض قديتفق وظاهر الوجه من الجانبين أن ان شاء الله أجري بالاتفاق مجرى الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف فقضاءه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما سلبا لذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعبه اذا لو كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعدد قبيعتها استثناء فينصرف الى الاخير لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزمت في كل استثناء متصل بحمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المستثناة بل الوجه أن ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب جلا منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ولذلك لم يعتق ولم يلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فاشي أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صور كتب الصلح من عمومها بعارض اقضى تخصيص الصلح من عموم حكم الشرط المتعقب جلا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهم ما استحسانا راجعا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل بياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد ورد أن هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شيء ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذي كرف هو ولي ما قبله ويوكل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى فلا يتمتع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أي حنيضة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان هذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز ذلك كرفي كتب المذاهب الاربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا

(فصل في القضاء بالمواريث) (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعدموته) وأنا

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكر مرتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت ساء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سئذ كرهوه رجحة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في أصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعدموته

قال المصنف (وله ان الكل الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخيرة على أصله لان ذلك في الاستثناء بالا وقوله ان شاء الله شرط ساغ اطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم (فصل في القضاء بالمواريث)

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى أقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيماً للحال أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم بالحال فان كان الماء جارياً في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعاً كان القول للمستأجر (قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتيه لدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الاصل في الحادث الاضافة الى أقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضاً ظاهر والظاهر استصحاباً كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر

(قوله كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة) أقول أنكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة اطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جارياً في مسألة الطاحونة يجعل لصاحب الطاحونة فيستحق الاجرة فقد تمسكتم بالحال لا ثبت استحقاقه الاجر قلنا اتفاقاً على سبب الوحوب وهو العـ قدولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكد وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة فان قيل يشكك هذا بمسألة ذكرها في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على اسلامه فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكماً على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال (٥١٦) وهو البتة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يبرر اثاره اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة (وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيمضاف الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتيه للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق استحقاق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لاتصدق الا بيينة لأن العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تخلفهم على العلم (وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث في الظاهر) اضافته الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان (من الميراث) ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر (هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال) نعتيه لا يدفع وما ذكره استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب

ثابت في الحال أما اذا اختلفا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهم اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائماً لا يرى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفق على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً

شهرين وقال الآخر بل انقطع شهر اقال القول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان أو جارياً في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدروا انقطاع مقدرو ذلك غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام مقدرو فهذا هو المأخذ في المسألة وذكر الامام الترمذي مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة أنه أبان في المرض بعين صاره هو فارابه وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لانها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل عدم المانع انتهى وفيه تأمل ثم أقول في قوله فان قيل يشكك هذا الى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البتة بمحض ظاهر اذ يجوز أن يقال السبب هنا البتة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البتة فقط (قوله وهذا أي تحكيم الحال الى قوله وفيه نظر لان زفر الخ) أقول فالضمير البارز في يعتبره راجع الى الظاهر لا الى الحال كما لا يخفى

(قول المحشي الى تحكيم الحال الى آخر القولة) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الاثبات بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه قال الفاضل الشهير بخضر شاه عليه رجة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا جعلها الشاهد فانما لا يثبت الحكم بنفسه بل اذ نقله الى مجلس القاضي وحكم القاضي بها ولعمري ان هذا من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضاء عن هادي الاعلام اه وقيل معناه ان حكم البيع لثبوت الملك للمستترى في البيع وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما ان الذي يعملها الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد له كما لا يخفى

(ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لأن تحكيمه يؤدي إلى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) إشارة إلى معنى آخر وهو أن في كل مسألة منها اجتماع نوع الاستصحاب أما في الأولى فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادنا بنظر إلى ما كانت (٥١٧) فيما مضى والاصل فيه أن يبنى هو

من النوع الاول وبالنظر إلى ماهو موجود في الحال والاصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلما اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قوله وأما في الثانية فلأن نصرانيته كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت والنظر إلى الاسلام يقتضي أن يكون ثابتا قبل موته فلما اعتبرناه لم نزل أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فينبغيهم الاستدلال به وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الاسلام حادث والحادث يضاف إلى أقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج إلى مرجع والاصل عدمه فالجواب أنه معتبر في الدنع

ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قولهم -م أيضا ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

يكون من الماضي للحال ومن الحال إلى الماضي ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالهما مع المستأجر إذا طالبه عدة فقال كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال فإذا كان منقطعاً في الحال فمعتطف على الماضي لدفع استحقاق أجره الماضي فكذلك هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كإخبار الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقاً (ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول لهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا (لأن الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون) والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعدموته فالمسلمتان مبيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهم بالدفع للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهد للماضي على باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالها أجر الماضي إذا كان جارياً أوجب بأن هنالك اتفاقاً على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلف في التأكيده والظاهر يصلح حجة لنا كيد وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكماً على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البتة أوجب بأنه انما يصار لما ذكر من الطريق إذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ماهو ثابت للحال وأما إذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار إلى تحكيم الحال وان كان السبب قائماً حتى ان في مسألة الطاحونة إذا انقطع على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآخر شهر فالقول للمستأجر مع عيینه منقطعاً كان الماء أوجارياً في الحال لانهم اختلفا في جريان مقدرو وغير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان أولم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدراً فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذ في مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الأصل أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنها أبانها في المرض فصارت أفا نارت وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لأنها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع (قوله ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلاً (وديعة فأقر المستودع انه ابن الميت لا وارث له غيره)

لأن الأثبات وزفر يعتبره للأثبات ونوفض بنقض إجمالي وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للأثبات لو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف لانه استدلال به لا يثبت الاجر والجواب انه استدلال لدفع ما يدعي المستأجر على الآخر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يدفعه إلى المقر له

لانه اقرآن ما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن أقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما اذا أقر رجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقراره على مال الغير ولقائل أن يقول كان الواجب في المسئلة الاولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتباره ما وجب قيامه فيه لمجاخته اليه كالدين (٥١٨) وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين

وما وجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليه بين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلك هل يضمن أولا قبل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذلك من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قيل لا عليك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المدينون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الدينون تقضي بامثالها ولو أقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأنكره الاول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال الاول لانه لما صح اقراره الاول في وقت الامر احم له انقطع يده عن المال فالأقرار الثاني يكون اقراره على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر الاول لم يكذب

لانه اقرآن ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما اذا أقر رجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك بعدموته بخلاف المدينون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لان الدينون تقضي بامثالها فيكون اقراره على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لا خسر هذا اسمه أيضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال الاول) لانه لما صح اقراره الاول انقطع يده عن المال فيكون هـ اذا اقراره على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر الاول لا مكذب له فصح وحين أقر للثاني لم يكذب فلم يصح

فان القاضي يقضي عليه بالدفع اليه (لانه اقرآن ما في يده حق الوارث) ملك له (خلافة فهو كما اذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما اذا أقر) المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أي بقبض الوديعة (أو أنه اشتراه) أي اشترى الوديعة التي في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع) وملكه في الوديعة الآن (اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك بعدموته) لزوال ملكه فانه أقر له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للعالم وفي فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالأقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها قيل لانه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والذي يترد في جواب هذه المسئلة ولولم يدفع الوديعة للذي أقر له بالوكالة حتى هلك قبل يضمن لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالموعدة من نفس المودع وقيل لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المدينون اذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقرر على مال غيره (اذا الدينون تقضي بامثالها) والمثل ملك المقر (فانما أقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن اذ لم يعترف بالوكالة اذ اقدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لا خسر هذا اسمه أيضا وأنكر الابن الاول قضى بالمال الاول) وحده (لانه لما صح اقراره الاول) على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون اقراره على) الغير وهو الابن (الاول فلا يصح) كالموعدة كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر الاول لا مكذب له فصح وحين أقر للثاني لم يكذب (وهو الاول) (فلا يصح) وهل يضمن الابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئا باقراره لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البتة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبتة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثاني الذي أقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحد في قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادق ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي أن يضمن المودع للابن الثاني الذي أقر له انه ابن الميت كالموعدة بالاقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم أقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته فلما هنا أيضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول

أحد فصح اقراره وحين أقر للثاني كذبه الاول فلا يصح واعتراض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى الاول وأجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما أقر لغير من أقره القاضي وقد تقدم في أدب القاضي وأما اذا كان الدفع بقاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار به

(قوله كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا الخ) أقول وأما في المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا في قوله تسلمتها من القاضي اذ لا منافاة بين تسلمتها منه وكونه من أقره فانهم

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقرب به ذوالبدن ولا فان كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوه ولم يقرهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا يعرف له وارثا غيره وفيه يقضى الحاکم بحججه مع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم اذا شهدوا أنه ابن فلان مالک هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في (٥٩) شهادتهم لا تعرف له وارثا غيره فان القاضي

يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدرا الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يجب حرمانا كالأب والابن فان كان ممن يجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يجب نقصانا كالزوجة والزوج بدفع اليه أو فر النصبين وهو النصف والرابع عند محمد رحمه الله وأقلهما وهو الربع والثلث عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كفيلا بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قبل أراد به ان أي ليلي وقاله ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق ليكون الاقرار حجة قاصرة

قال المصنف (واذا قسم الميراث) أقول فيه تسامح (قوله ولم يقولوا في شهادتهم لا تعرف له وارثا غيره)

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتياط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانهم له وارثا غيره

بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف في اللقطة اذا أقر الملقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذکور في اللقطة وفي الجامع الص غير لو ادعى الوصية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو أقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أولن ادعى وصية بألف مثلا انه صادق فالقاضي يتأني في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة غيره وهو موهورم والبنيت كالابن وفي الوصية هو مقرر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميت واذا أتاني ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يتضرر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانة وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت أو كبرأ به ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدردمعة التلوم شيء بل موكول الى رأى القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية قال وعن أبي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذوالبدن لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أمات أم لا يدفع الى أحد منهم شيئا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالأخ والاب والام والبنيت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره وادعى انه ابنه أو أبوه أو مولاه أعنته أو كانت امرأه وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر انه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذوالبدن وقال لا أدري للميت وارثا غيره هما أولان لم يكن لمدعى الوصية شيء بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة والأعومة والخالة أو بنت الاخ اذا انفردا ما عند الاجتماع فلا يراحم مدعى البنوة مدعى الاخوة لكن مدعى هذه الاشياء اذا راجحه مدعى الزوجة أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا باقرار ذي اليد مدعى الاخوة والبنوة أولى بعدما يستدل الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية فان قام أخذ به او هل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو أقر ذوالبدن الميت أقران هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعنته أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كالمولعائنه أقر بخلاف النكاح وولاء المولاة والوصية لان ذوالبدن أقرب بسبب منتقض (قوله واذا قسم الميراث بين الغرماء) أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتياط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كانه عنى به ان أي ليلي فانه كان يفعله بالكوفة (وقالا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانهم له وارثا غيره) أما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل

أقول أو غيرهما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله هل يؤخذ منه كفيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق ليكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام الترمذي لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يرد عليه فالقاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكران كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدرا الطحاوي مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر يدفع المال ويأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا أقولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكمال لأن الثالث بالاقرار دون الثابت بالبينة اه

لهم أن القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لأن الموت قد يقع بغتة
فيحتاج بالكفالة كما إذا دفع الأبق واللقطة إلى صاحبه وأعلمى امرأته الغائب النفقة من ماله ولا ي
حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كن
أثبت الشراء من في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل
بالاتفاق وإذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث
من يحجب أولا لا يحجب ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسننا ثم ما ذكر من نفي الدفع إذا لم يقبل
الشهود لا نعلم له وارثا آخره وفيما إذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر
الشهيد قال وإذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل أنها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له وأقام
على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا تركها الورثة لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا
حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغيره معلوم متعذر وهنا ثلاثة
فصول الأول هذا وهو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه
ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلاثم الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان
مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر
ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار إليه وبأخذ كفيلا عندهما
ولا يأخذ عنده أبي حنيفة رضي الله عنه ثم انما يدفع إلى الوارث الذي حضر جميع المال إذا كان ممن
لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والابن والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب
بغير نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد وأقرهما وهو النصف
للزوج والربع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب هذا إذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما إذا
ثبت بالاقراء فيؤخذ التكفيل بالاتفاق ومن صورته ما إذا أقر المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يرد عليه
فالقاضي يتأني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو أليق بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا
يغلب على ظنه أنه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال
وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل بأخذ
عند الكل لأن الثابت بالاقراء دون الثابت بالبينة (لهم أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر
لهم (والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة كما إذا
دفع) القاضي (الأبق واللقطة إلى) الذي أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلا (للعني الذي ذكرنا
وهو أن القاضي مأمور بالنظر لكل من يحجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا (أعطى امرأته الغائب) يعني
إذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل وديعه وهو مقر بالزوجة
والوديعة فالقاضي يعطيها (من ماله) وبأخذ كفيلا (ولابي حنيفة رحمه الله أن الحق ثابت قطعا)
أي فيما إذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما إذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره
على وجهه بوجوب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) إلى زمان التكفيل
(لحق موهوم) أرأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظاهرا (كن أثبت الشراء من في يده)
لا يؤخذ كفيلا من المشتري بعدما أثبت شراؤه بالحنة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت
دينه على العبد) بالبينة (حق يبيع) العبد (لأجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشترا آخر

لهم أن القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لأن الموت قد يقع بغتة
فيحتاج بالكفالة كما إذا دفع الأبق واللقطة إلى صاحبه وأعلمى امرأته الغائب النفقة من ماله ولا ي
حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كن
أثبت الشراء من في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل

بالاتفاق وإذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث
من يحجب أولا لا يحجب ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسننا ثم ما ذكر من نفي الدفع إذا لم يقبل
الشهود لا نعلم له وارثا آخره وفيما إذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر
الشهيد قال وإذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل أنها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له وأقام
على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا تركها الورثة لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا
حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغيره معلوم متعذر وهنا ثلاثة
فصول الأول هذا وهو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه
ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلاثم الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان
مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر
ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار إليه وبأخذ كفيلا عندهما
ولا يأخذ عنده أبي حنيفة رضي الله عنه ثم انما يدفع إلى الوارث الذي حضر جميع المال إذا كان ممن
لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والابن والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب
بغير نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد وأقرهما وهو النصف
للزوج والربع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب هذا إذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما إذا
ثبت بالاقراء فيؤخذ التكفيل بالاتفاق ومن صورته ما إذا أقر المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يرد عليه
فالقاضي يتأني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو أليق بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا
يغلب على ظنه أنه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال
وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل بأخذ
عند الكل لأن الثابت بالاقراء دون الثابت بالبينة (لهم أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر
لهم (والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة كما إذا
دفع) القاضي (الأبق واللقطة إلى) الذي أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلا (للعني الذي ذكرنا
وهو أن القاضي مأمور بالنظر لكل من يحجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا (أعطى امرأته الغائب) يعني
إذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل وديعه وهو مقر بالزوجة
والوديعة فالقاضي يعطيها (من ماله) وبأخذ كفيلا (ولابي حنيفة رحمه الله أن الحق ثابت قطعا)
أي فيما إذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما إذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره
على وجهه بوجوب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) إلى زمان التكفيل
(لحق موهوم) أرأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظاهرا (كن أثبت الشراء من في يده)
لا يؤخذ كفيلا من المشتري بعدما أثبت شراؤه بالحنة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت
دينه على العبد) بالبينة (حق يبيع) العبد (لأجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشترا آخر

(قوله وان المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ التكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يضح كماله كفل لأحد الغرماء فان قيل اذا أقربه ذواليدي بخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول أحجب بأنه اذا أقربه لم يبق له فقه ملك ولم يثبت لتقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان غنة مال الكالا محالة وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمرناشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكيم بأخذ التكفيل لنفسه لانه ليس يخصم ولا لليت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مروى من الميت غير متصورة وعورض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما رواه وفي ذلك تأخير الحق ثابت قطعاً أو ظاهراً كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس لحق الموهوم بل انما هو أمر بفعلة القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للعاشر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود ولا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة (٥٣١) على النفي باطله بل خبر يستأنس به على

نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس غنة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل امام مسألة النفقة فـ لان التكفيل فيها الحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضاً فصحت الكفالة (وأما الأبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان) قال في رواية لأحب أن يأخذ منه كفلاً وقال في رواية أحب أن يأخذ منه كفلاً قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال

ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الأبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلمة اللقطة أو اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

قبله وغيره ثم آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو كماله كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فأما الأبق واللقطة ففي) أخذ (الكفيل) روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلمة أو اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع مع العلمة و اقرار العبد بالابق لا يقال بأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن التفض لانه ليس يخصم ولا يقال بأخذ لليت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث أو غيرهم آخره وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل علماً بالجهتين أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم اطلب علم زائد له ليمتعه به بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكده ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الابتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) انه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جزهم الى هذا القول بوجوب الاصل فكان صيانة المجتهد من عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه انه قال ليوسف بن خالد السبتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو جل على ظاهره لكان متناقضاً اذ قوله والحق عند الله واحد يشهد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والالكان الحق منه ددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على

(٦٦ - فتح القدير خامس) العتاني (ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تهمة المأذ كره بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهبه أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رجهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى

(قوله أجيب بأنه اذا أقرب به الخ) أقول فيما الجواب في مسألة الأبق واللقطة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضي الخ) أقول ويمكن توجيهه تنظيراً كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن التلوم ليس لحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلمه وارثاً آخر

ص (وإذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل وأقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى به بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كقيل وهذا أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيناف بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالوا من في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين والآخر في يد لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولا يبي حنيفة أن القضاء وقع لبيت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض يده بيد من هو غير مختاره وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار البيت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى (٥٢٢) به كما اذا كان من بيده مقرافاته انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وجوده)

جواب عما ذكره وجهه أن الغيبانة بالوجود اما أن تكون بأختيار ماضى أو ماسيا في الاول قد ارتفع بقضاء القاضى فكذلك لازمه والثاني ظاهر لعدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضى ولم يبق فيه ذلك وكتبت في الخبر ان الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضى والشهود ونسب ما بينهما العادة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحد محتملا لأن ذلك نادر والصادر لاحكم له ولو كانت الدعوى في منقول (والمسئلة بحالها) فقد قيل بنزع من يده النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العتار أن المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه الى الحفظ

قال (وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذى هي في يده ولا يستوفى منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان كان الذى هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع لبيت مقصودا واحتمال كونه مختارا لبيت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا وجوده فدارتفع بقضاء القاضى والظاهر عدم الجحد في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضى ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولها هذا على الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والآخر

المأهل له فاذا اجتمع فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد لو تلاعنا فلا نفارق القاضى بينهما نفذ وقد أخطأ السنة (قوله) وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذى هي في يده) الى أن يحضر الغائب (ولا يستوفى منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا ان كان الذى هي في يده) قد (يجحد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يد أمين وان لم يكن يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن) ظهرت خيانتة بالجد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه أما لاعتقاده أنه مملكه وان البينة كذبة أو للغيابة (بخلاف مالواقر) أنها مال البيت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضي به البيت فكان أولى بحفظها (ولابى حنيفة أن القضاء) انما (يقع) أولا (لبيت مقصودا) لانه بعد ثبوت أنه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختارا لبيت ثابت) مع جحده (فلا تنقض يده كالمقر وجوده قد ارتفع بقضاء القاضى) به البيت (والظاهر عدم جوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضى) وموت القاضى وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والنف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرنه (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده اذ ربما تصرف فيه مة أولا كذا أو خيانتة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولها هذا) أى ولا جحد أن المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (على الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والآخر

فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل أو ما أن النزع أبلغ فيه فلان النزع أبلغ في الحفظ ولانه لما جحد من بيده ربما تصرف غيباته أو لزعه أنه مملكه واذ نزع الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المسألة محفوطة بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولها هذا على الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصى الام والآخر

قال المصنف (والظاهر عدم الجحد في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أى لذى اليد وجوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اه يعنى ان الظاهر ذلك وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد خائن (والنزع أبلغ فيه) أقول أى في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أى في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله) أولزعه أنه مملكه) أقول أى ان كان عدلا

والعم على الصغير) وانما خصهم بالكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك أبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل أنه لما جحد من في يده بما يتصرف لحيايته أو لزمه أنه ملكه ساقط العبرة بنظر الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخبر يطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسد الفرق (قوله وانما لم يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لأن من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي بطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشاءه بل لقطعه فان قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فخرضا رافعا لشي كان منشأه هذا خلف (قوله واذا حضر الغائب) اختلاف المشايخ في وجوب إعادة البيعة اذا حضر ففهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص اذا أقام الحاضر البيعة على أنه قتل أباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادة او منهم من نفاها وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق للميت مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سيحى (٥٣٣) دينا كان أو عينا لأن المقتضى له وعليه في

الحقيقة انما هو الميت (لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالوكيلين بالخصومة اذا غاب أحدهما كان للأخر أن يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحد من دين على الميت وأقام عليه البيعة ثبتت في حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم دينا للميت على رجل وأقام عليه البيعة ثبتت في حق الكل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بخلاف

والعم على الصغير) وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما ينصب لقطعه لا لانشاءه واذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق له وعليه دينا كان أو عينا لأن المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائب عن غيره ولهذا لا يستوفى الا نصيبه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت

والعم على الصغير) يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده ترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما ينصب لقطعهما) وهذا انه رعا لا يجحد كفيلا ولا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتشور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) الكاش في غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان أو عينا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائب عن غيره) فلهذا لا يستوفى الا نصيب نفسه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت

الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فما زاد ولا يحط ورفيه وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل الشك في وقوله (وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت) أي بين الميت أو عليه كذا ذكرناه ببيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه ونقر به ما مر

(قوله فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه) أقول يعني لحوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الحيانة بقضاء القاضي كما صرح به آغا قينغني أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الأولى طلب الكفيل (قوله والقاضي بطالبه به) أقول فيه اشارة الى أن ما في النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقة المشروح (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخضم عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لانه ان أراد كيا فممنوع ألا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جريثا فلم ولا يفيد الالهم الآن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الآن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليتنا مل (قوله اذا أقام الحاضر البيعة الخ) أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتنا مل ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الاثبات فليتنا مل

وقوله (الا انه) استثناء من قوله لان أحد الورثة ينتصب خصما إلى قوله وعليه يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون خصماً عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصماً عما في يده لانه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي (٥٣٤) في المساكين صدقة الخ) رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع

الا انه انما ثبت استحقاق الكل على أحد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء) والقياس أن يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كفي الوصية وجه الاستحسان ان يحجب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فيمنصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال

فانه يقضى بالكل ولا يأخذ الانصب نفسه وقوله (الا انه انما ثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لان أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (اذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات الموارث ولومات وترك دارا وثلاثة بنين وابنان غائبين والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخوأي فلان وفلان فبنا نصيبهما وأودعنا في غابا وقال للمدعي كنت داري فيبدأ بيكم وأعلم أن الغائبين قبضاً لثبثهما وأودعنا عندك وأنا أقيم البينة أنهم ادعى قبضاً وذو اليد خصم لان أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدق في الارث ووجد الحق للمدعي فاقضاه ماض وان كذبه وقال لم ترتهما من أين نابل ثلثاهما لانا بالارث يقال للمدعي أعدينيك عليه ما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال الغائب قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة أما اذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحقيق هذا باسائر أموالهم فلا يكون الحاضر خصماً ما فيه المخلاف ما قبل القسمة لانه مبقى على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عند الغائبان وهو مقر بانه ودبعة لهما ميراث من أيهما لم يكن خصماً للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لان الوارث انما يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستروشي فالخاصل أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس في يده ذاك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وان لم يكن في يده شيء (قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم وأموال التجارة ويمسك قوته فاذا أصاب شيئاً تصدق بقدر ما أمسك واذا وجب التصديق بأكمله فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصيباً أولاً لان المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره ولذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محبط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكتبه به بعد إلى أن يوفى (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال ولا قياس أن يلزمه التصديق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبيخي والسافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يلبساة حين قال ان من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة تخرنك الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان ان يحجب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فيمنصرف إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة)

ما يملكه من أجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم وأموال التجارة تبلغ النصاب أولاً لان المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحبط بماله لزمه التصديق به فان قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقبي وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس) في الاول ايضا (أن يقع على كل شيء كما قاله زفر) لان اسم المال عام يشاؤل الجميع (وجه الاستحسان أن يحجب العبد معتبر بإيجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستتداه لئلا ينزع إلى الشركة

(قوله يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً الخ) أقول فيه أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين فان الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وان لم يكن في يد

الحاضر شيء على ما صرحوا ويمكن أن يحجب بأن المراد يكون خصماً في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه وما يقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتامل قال المصنف (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول وفي اراد مسئلة النذر في فصل القضاء بالموارث نظروا وعلموا ذكرها باعتبار الفرق بينهما وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان أن يحجب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه أن يحجب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى والا لم يجب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر

واجب الشروع في المال من الصدقة بمصاف الى اموال حاصه هذا الجواب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه ثبت في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات اولانه في معنى الصلاة لانه لا يتنظار أو فلت الصلاة ولهذا اختص عبادة جماعة والمنظر للصلاة كانه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لانها خلافة كالوراثة) من حيث انها ميثان المالك بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذلك الوصية (قوله ولان الظاهر) دليل آخر يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لان الحياة مظنة الحاجة الى ما تقوم به خواججه الاصلية فيخص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتصرف الى الكل والارض العشرية تدخل (٥٣٥) في النذر عند أبي يوسف رحمه الله لانها

سبب الصدقة اذ جهة
الصدقة عنده راجحة) في
العشر فصارت الارض
العشرية كالموالي التجارة
لانها من جنس الاموال الى
يجب فيها الصدقة (ولا تدخل
عند محمد) وذكر الامام
التمر ناشي قول أبي حنيفة
مع محمد رحمه الله (لانه) أي
الارض العشرية والتذكير
لنذ كبر الخبر (سبب المؤنة
اذ جهة المؤنة راجحة عنده)
فصارت مثل عبد الخدمة
(وأما الارض الخراجية فلا
تدخل بالاجماع لانه يتعمض
مؤنة) لان مصروفه المقاتلة
وفيهم الاغنياء (ولو قال
ما أملك صدقة في المساكين
فقد قيل يتناول كل مال)
زكوايا أو غيره وهو رواية
أبي يوسف عن أبي حنيفة
ذكرها في الامالي لان ما أملك
أعم من مالي لان المالك
يطلق على المال وغيره قال
ملك النكاح وملك الفصاص
وملك النفقة والمال لا يطلق

أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة (أما الوصية تقع في حال الاستغناء فتصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لانه يتعمض مؤنة ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمقيد بايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظ الملك فبقي على العموم

وما أوجب به التصديق ذكره بلفظ العموم وعلق بالايجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس الاموال يصدق بانها اخذ من أموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصديق منها وأما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينافي به لان اخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو تقييد بجميع ما تلتفظ به وهو منف ب لزوم المعصية وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصد به وأما الوصية فجر ينافيها على نحو ذلك أيضا فقلنا لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل اذ لم يكن له ورثة فلا نهى انما تجب ذلك في حال استغنائه بالموت فان في المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحياة لا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداء بنفسه المأمور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدى الى ضيق نفسه وحرجه وهو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولان الظاهر انه انما يلزم الصدقة الخ) يصلح تقرير الابداء المختص يعني أن العموم وان كان ثابتا لكن هنامعني يخصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة الاختصاص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عموم هو بضامن ابداء المختص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبية في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لان جهة المؤنة غالبية عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لانه خرج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة بيل) (الكل)

على ما ليس بمال واذا كان أعم ينصرف الى غير أموال الزكاة أيضا فلهذا الزيادة عمومها فان قيل الصدقة بالاموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب (بان المقيد بايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا يختص في لفظ الملك فبقي على العموم) وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع

(قوله وايجاب الشرع في المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذلك ايجاب العبد) أقول اذا أضاف الايجاب الى لفظ المال (قوله وفيه نظر) لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع) أقول ممنوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاموال يكفي لاعتبار ايجاب العبدية كما في ايجاب الاعتكاف على ما مر آنفاً يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليتأمل

(والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أملاك (سواء) فيما نحن فيه فيختمه بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام تميم الأئمة السرخسي (لأن المتزيم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية إن قوله (على ما مر) إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمفيد إيجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من (٥٣٦) فاضل ماله وقد قدرناه من قبل فأرجع إليه (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل

تحت الإيجاب بمسك من ذلك فـسـونه لأن حاجته هذه مقدمة) إذ لم بمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيل أن يتصدق عمله ويسأل الناس من يومه (ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المبسوط (مقدار ما بمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها (وقيل المحترف بمسك قوت يومه) لأن يده تصل إلى ما ينفيق يومافيوما (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها للانسان (لشهر) لأن يده تصل إلى ما ينفيق شهراً فشهراً (وصاحب الضياع لسنة) لأن يد الدهقان تصل إلى ما ينفيق سنة ف سنة (وصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) وفي إيراد مسألة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظراً ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ) وجه إيراد مسألة الوكالة في فصل

والصحيح أنهم مساواة لأن المتزيم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب بمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بمثل ما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً لأن الوصاية أتابه بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لاضافتها إلى زمان بطلان الانابة

لأن المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح أنهم مساواة لأن المتزيم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد هم إلى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله الله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الآن الطاعون ذكر أنه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا فله على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا اشكال لأن عقد العين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب إرادة العموم الآن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عنده المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضاً فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على ما مر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (بمسك من ماله قوته) ويتصدق بما سواه (وإذا استفاد شيئاً تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقداراً في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قوت العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف بمسك ليوم) لأنه يكتسب يومافيوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوانيت أو دور يبيع بها بمسك (شهراً) لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لأن غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن بمسك إلى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) (قوله ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فالبيع جائز وهو وصي) بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيله حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضاً لأن الوصاية أتابه) أي استنباه والمعروف من اللغة في الانابة أنها هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب إلى الله واستدل في النهاية أنها بمعنى الاستنباه باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخمى نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببطلان لا في تمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالو رائة فلا تتوقف على العلم كالو كالة (لاضافتها) إلى ما بعد الموت فتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئاً ثم ظهر موت الموروث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استتلاف مضاف (إلى) ما بعد الموت أيضاً وهو (زمان بطلان الانابة

القضاء في المواريث ما ذكرنا آنفاً ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي ويبيع به جائز وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف أنه اعتبر الأول بالثاني لأن وصف الانابة أي النيابة جامع فإن الوصاية أتابه بعد الموت والوكالة أتابه قبله وكالم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة

والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح بخلاف الوكالة فان النيابة اقيام ولاية المستنيب والابانة تتوقف على العلم لانها اتوقفت عليه لم يثبت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه فأت ليجز الموصى فان قيل اذا قال لرجل اشتري عدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه أجيب بأنه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصد أو هذا كما إذا قال باعوا عدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في أحدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لشبوهه ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغامس مسلما عدلا أو على اضداد ذلك بعدما كان (٥٣٧) عيما جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

أمر أي اطلاق محض لا يستعمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وحنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالأول واذا نال العبد في الفحارة ولا ي حنيفة أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلانه ينفى جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها والنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها في شرط أحد شرطي الشهادة وهو العدد أو العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فإنه لم يكن

فلا يتوقف على العلم كافي تصرف الوارث أما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يقوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يقوت ليجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجهه في شرط أحد شرطي وهو العدد أو الالتماس بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للمعاجة الى الارسال

فلا يتوقف على العلم كالورثة اقيام ولاية المنوب عنه (ولهذا ينزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم وهذا لانه) اذا وقفنا على العلم (لا يقوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يقوت ليجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصد أو اذا ثبتت في ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول لعبد اذهب الى فلان ببيعك أو لامر أنه اذهب الى فلان بطلاقك أو اذهب بعدي الى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في أحدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما وافق الاول وهو انه اذا قال للناس باعوا عدي فأتى في التجارة فباعوه جاز مع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم قلنا كرمنا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكرنا على يده وهو محمل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي وبشئ من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أي بخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدل أو لم يهـ دلا (وجهه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدل الخبر واحد كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندي وادعى انه مذهب أبي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما الآن يعلمهما بالماضي وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة الاتري ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبما سبقين ينفذ بطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أي من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجهه وما قيل ملزم من وجهه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من

فيه الزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فإنه لا يشترط فيه أيضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للمعاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمنا) أقول أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصدا) أقول قوله يثبت حال قال المصنف (في شرط الى قوله أو العدالة) أقول فيه إشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو الاصح (قوله كعبارة المرسل للمعاجة) أقول فكما لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضا (قوله اذ ربما لا يتفق الخ) أقول على لكون عبارته كعبارة المرسل للمعاجة الى الارسال

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شرطيهما بما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة فاسألهما المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسألة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت بالخبر صدق العبد أو كذب وإن كان فاسقا وكذبه ثبت عنده ما خلافا له وفيه بطلان نفسه لأن حكم الرسول حكم من سألته كما مر وهذه المسألة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الخاني إذا أخبر المولى بجنائته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختيارا منه (٥٣٨) للفداء وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك والأفعلى الاختلاف عنده لا يكون اختيارا

خلافهما وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزومه وبتركها يجب عليه القضاء وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزومه وثانها الشافعي إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولي فسكت فإن أخبره اثنان أو عدل كان رضا بالخلاف وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء) إذا باع القاضي أو أمينه عبدا للميت لأجل أحكامه (أديون وقبض الثمن منع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقدة وهو القاضي أو أمينه (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام

وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجنائته عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر البنا قال (وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاغ واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعدا عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري كل وجه ما كان الزاماء إلى خصم منكسر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولم يكن هذا الزام كذلك كان الزام فيه قصور ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الزام من وجهه ثم يكتفى لاشتراط العدد والعدالة كونه ملزما من وجهه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالو كاله فانه لم يكن فيه الزام أصلا لم يلزم أحد شرطى الشهادة وأجمعوا على أن الخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجنائته عبدا الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الأصل واثنين في النوادر والسادسة فاسألهما مشايخنا على هذه أما الثلاث فأحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر ان كان رسولاً يخبر فاسقا كان أو عدلا وإن كان فضولياً بشرط أحد شرطى الشهادة فيخبر صدقه العبد أو كذبه وإن كان فاسقا ان صدقه انجبر والافالمسألة على الخلاف والثالثة العبد إذا حن بجنائته ولم يعلمه المولى حتى أعنته أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية فإن أخبره واحد بالجنائته فكذلك إن كان فاسقا ان صدقه ثم باع أو أعنت يصير مختارا للدية وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها وأما اثنان في النوادر فأحدهما الحربى إذا أسلم في دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض إن كان الخبر عدلا أو أخبره اثنان لزومه حتى لو ترك شيئا منها كان عليه قضاءه أجماعا وإن كان فاسقا فإن صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسي الأصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لأن الخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظرد كثرنا في كتابنا المسمى بخبر ير الاصول والثانية الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فهي على الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء) أى لا جملهم ليوفى ديونهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أى الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضي ولا أمينه للمشتري شيئا (لأن أمين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعدا الناس عن قبول هذه الأمانة) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع) بالثمن

(على)

والامام لا يضمن كي لا يتقاعدا عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

(قوله والثالثة العبد الخاني إذا أخبر المولى بجنائته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أى فضوليان وقوله أو واحد أى فضولي (قوله إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البرزدي قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم آداها إلى من لم يسمعها وفي حديث آخر ألا فليبلغ الشاهد الغائب أه والاولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني ولو أبه فليأتا من قول شمس الأئمة السرخسي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزومه) أقول لعدم اشتراط العدالة في الرسول

على الغرماء لان البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد (كما اذا كان العاقد صبيًا محجورًا أو عبداً) (محجوراً عليه) وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرناه يرجع المشتري على الغرماء (فان أمر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن يرجع (٥٣٩) المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة) فان

أوصى البه المبت فظاهر وان أقامه القاضي فكذلك لأن القاضي انما أقامه نائباً عن الميت لاعن نفسه وعقد النائب كعقد المتوب عنه (فصار كما اذا

باعه) (المبت بنفسه) في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري

عليه فهنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع

الغريم فيه يدينه) أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع

بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا يجوز

أن يرجع بذلك أيضاً لأن هذا الضمان لحقه في أمر

الميت) وقيل ليس له ذلك لأنه انما ضمن من حيث إن

العقد وقع فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث

اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه اذا لم يكن في الشركة

دين كان العاقد عاملاً له) (فصل آخر) جمع

في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد

يتعلق بكتاب القضاة وهو أن قول القاضي بانفساده

قبل العزل وبعدمه مقبول أولاً قال (واذا قال القاضي

على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم) (وان أمر القاضي الوصي ببيع الغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال يرجع المشتري على الوصي) لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصي على الغرماء) لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً لانه لحقه في أمر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له

(فصل آخر) (واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله انه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة

(على الغرماء) أو الغريم (لان البيع) والتصرف (واقع لاجلهم) فترجع الهبة عليهم وصار (كما اذا كان العاقد محجوراً عليه) عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بما شرته ما ولا تتعلق الحقوق بهم ما لم يملوا كلهما لان التزام الهبة لا يصح منهما القصور الا لهية في الصبي وحق السيد في العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تعلق بأقرب الناس الى العقد وأقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم لا يرى ان القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي اياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم) وكذا لو باع الوصي العبد لنفسه الوارث فان المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضي عنه من يقضي دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف (قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لانه لحقه) ذلك (في أمر الميت) وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجد الأئمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع عـلى غيره وفي الكافي الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطرب فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

(فصل آخر) لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانفساده هل يقبل مولى ومعهز ولا أخره (قوله) واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله انه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة) التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضوره وزاد جماعة على هذا فقالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يقيد أن القاضي يشهد وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهداً على فعل نفسه وليس هنما من يشهد عنده الا المأمور باقامة الحد وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي

(٦٧ - فتح القدير خامس) قد قضيت الخ) اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضورك وهو رواية ابن سماعة عنه

(فصل آخر) (قوله ما لم تكن الشهادة بحضورك) أقول أو الاقرار بحضورك

لأن قوله يحتمل الغلط والتدراك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه ايضا
 لأنهم تركوه فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما عاكف انشاءه لان المتولى فيمكن من انشاء القضاة ومن يتمكن
 من الانشاء عما أخبر به لم يتم في خبره وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها والثاني ممنوع والاول يجرى الى غير ظاهر الرواية من
 معانة الخجة ولان القاضي من أولى الامر وطاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية بدل على جواز
 الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به (٥٣٠) اذا كان القاضي عدلا فتيها وعلى هذا تنافي الاقسام العقلية كما قال الامام أبو منصور

لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ
 هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أنه أخبر
 عن أمر عاكف انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام
 أبو منصور وجه الله أن كان عدلا عالميا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وأن كان عدلا جاهلا
 يستفسر فان أحسن التفسير وجب تصديقه والافلا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن
 يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال (واذ اعزل القاضي فقال لرجل

عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدي الآخر عنده ولذا اقتصر محمد دعى معانة حضور الشهادة
 من الأمور وهذا (لان الغلط والخطأ في الحكم محتمل) لان القطع بنفيهما ليس الا لانباء عليهم الصلاة
 والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي) لان الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده
 (واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي)
 لان فيه ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل
 في التوقف لا اطلاقه (فقال الامام أبو منصور ان كان القاضي عدلا عالميا يقبل قوله لانتفاء التهمة)
 في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعالم (وان كان عدلا جاهلا استفسر فان أحسن) في بيان سبب حكمه
 وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة ٢ وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما
 أو جاهلا فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه بقصد الخيانة فلا يؤخذ بقوله ولا
 بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر عاكف انشاءه في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة) لان التهمة انما
 تحقق في اخبار بأمر لا يمكن انشاءه في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة (لان التهمة انما
 في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة) لان التهمة انما في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة (لان التهمة انما
 لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم وان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يبعد ذلك
 ما لم تكن الشهادة بحضوره ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا وما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم
 أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتجوا أن يزيدوا وجه آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة
 قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الازم لتد في كل بلد قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه
 في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزل الا بالعالم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند الأمور
 الا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدل أن أنه شهد عدل القاضي الا أمر فلان وفلان على الوجه
 الفلاني ويشهد وافر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود وقضاة كانوا
 أولا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فاللازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله واذ اعزل
 القاضي فقال لرجل الخ) صورته اعزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه الغابغير حق أو قطع

فان كان عدلا عالميا يقبل
 قوله لعدم تهمة الخطأ لعله
 والخيانة لعدالته وهذا
 القسم لا يحتاج الى الاستفسار
 بالاتفاق وان كان عدلا
 جاهلا يستفسر عن قضائه
 لبقاء تهمة الخطأ فان
 أحسن تفسير القضاء بأن
 فسر على وجه اقتضاه
 الشرع مثل أن يقول
 مثلا استفسرت المقر بالزنا
 كما هو المعروف فيه وحكت
 عليه بالرحم وثبت عندى
 بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز
 لا شبهة فيه وأنه قتل عددا
 بلا شبهة وجب تصديقه
 وقبول قوله والافلا لانه
 ربما يظن بسبب جهله غير
 الدليل دليلا أو الشبهة غير
 دارة وان كان جاهلا فاسقا
 أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن
 يعاين سبب الحكم لتهمة
 الخطأ في الجهل والخيانة في
 الفسق قال (واذ اعزل
 القاضي فقال لرجل الخ) لما
 فسرغ من بيان ما يحضر به
 القاضي من قضائه في زمن
 ولا يشه شرع في بيان ذلك
 بعد عزله فاذا أخبر

القاضي المضى عليه بعد العزل بما قضى وأسند الى حال ولا يته فلا يخلو إما أن يصدق فيما قال فلا كلام فيه
 يده

(قوله لأن قوله يحتمل الغلط) أقول لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه ايضا) أقول يعنى مطلقا
 (قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركاكة

١ كتبها مش نسخة العلامة البحر راوى قوله في التوقف كذا في النسخ ولعله في القبول لا اطلاقه أى القبول فقوله لا اطلاقه نبي لمافي
 الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر
 قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

او يلدبه في حقيقته ويصدق في كونه في زمن الولاية او يكذب فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال رجل اخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال لا خرضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال مضائك طلبا فالقول قول القاضي لانهم ما ماتوا فاقانه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا او القبول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لآن ايجابها عليه بفضي الى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة ولو أقر القاطع أو لا خذعيا أقرب به القاضي لا يضمن أيضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخر خذعيا في حال القضاء فانه لا يضمن الا خذعيا حيث ذكركم ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معينا في حال القضاء وان قال المأخوذ مال والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد

(قوله أو يكذب في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الاول (قوله لانه ثبت فعله الخ) (٥٣١) أقول فيه بحث حيث غير

ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لانه ثبت الخ تعليلا لأي شيء قال المصنف (ولا يمين على القاضي) أقول قال في الكافي لانه لو لم يمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والاولى

أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها طلبا فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقسرين انه فعل ذلك وهو قاض (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والا خذعيا أقرب به القاضي لا يضمن أيضا) لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ مال انه فعل قبل التقليد

أن يقال انما لو وجبنا اليمين والضمنان عليه في مواضع اليمين والضمنان لا تمتنع الناس عن الدخول في القضاء فنتهطل أمور الناس قال المصنف (ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول قال شمس الأئمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق

يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لان هذا في أمورات فلا بد أن يكون القول للقاضي والامتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصوصيات في أنفس وأموال لا تنحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان أعمال ذلك الاحتمال مفيد انهم كون القول له على الاتفاق مقيدا كما اذا كان المدعي مقرا بأنه فعل ذلك وهو قاض لانهم ما ماتوا فاقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لان الظاهر أنه (لا يقضي بالجور ثم لا يمين) على المعزول (لانه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق) (ولو ادعى عليه في حال قضائه بذلك) (لا يمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) (المأمور) (أو الأخذ) (للمال بأمر القاضي) (عما أقرب به القاضي) وهو أن القاطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي بالأخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالقاضي لانه أقر أنه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الآخر معينا للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القاطع باقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كما عين للمحكم الذي رفع اليه المقطوع واقعه (ف) أما (لو زعم المقطوع والمأخوذ مال انه فعل قبل التقليد)

الابحجة لان الاصل انه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الابحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بمصادقتهما والصحيح هو الاول وهو اختيار فخر الاسلام على البرزوي والصدور الشهيد وتطيره اذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبده قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا لو كيل بالبائع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للموكل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيصير مدعيا وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالأخذ وبالاضافة يدعى عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدرابة والعبارة للزيلعي وقال الزيلعي أورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمي فقالت هي قطعها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر للضمنان باسناد الفعل الى حالة منافية له وأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر بأخذ

أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضي (٥٣٣) في الصحيح لأن القاضي أسند فعله الى حالة منافية للضمان لما أمر أن حالة القضاء تنافي

أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا هو الصحيح لأنه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو اعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي لأنه) أي القاضي (أضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا) انقطاعا على الطلاق والعناق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في محبة عقلك و (قال) بل وأنا مجنون وكان جنونه معهودا فالقول له وكألو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير أن القول للمدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا أقرضه شمس الأئمة فإنه قال فاما اذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لأن هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا بينة فالصحيح يخص ما اذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل ولكنه ذكر في تعليقه ما يعم كون القول للقاضي فإنه قال لأن الأصل أن المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كسئلة الطاحونة وفي الحال فعلة موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يدعى سقوطه بخلاف الاول حيث تصادق أنه فعله وهو قاض الى آخر ما ذكر ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار غير الاسلام والصدور الشهيد لأنه بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منسكرا للضمان فالقول قوله كألو قال الوكيل بالبيع بعد العزل يعتد وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا يملك انشاء فيه صبر مدعيه وكذا لو قال العبد بعد العتق رجل قطع يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد وبأخذه من المولى لأنه أقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيه وكذا الوصي لو ادعى به بدلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فبين أعنى جار يتسه ثم قال لها قطع يدك وأنت أمي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منسكرا باسناده الى الحالة المعهودة المنافية للضمان ولو قلت أقر هنالك بسبب الضمان وهو القاطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقرب بسبب الضمان وهو اقراره للمقر له بشئ ثم ادعى ما يبرئه بذهب العقل وكذا القاضي اذا أقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار لافي جهة التملك كألو قال أخذت منك الفاهي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الاخر كان القول لا لاخر وكذا لو قال أكلت طعامك باذنك وقال بغير إذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعناق ما ادعوا التملك لانفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم ثم في اضافتهم الى الحالة المعهودة المنافية (قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقيد أو بعد العزل فأقر القاطع والقباض أي فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده

الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منسكرا والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كالسناد من عهد من الجنون اذا قال طلقت أو اعتقت وأنا مجنون اذا كان ذلك منهم معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لاضافته الى حالة منافية للإيقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي فتحكم الحال وفي هذه الحال فعلة موجب للضمان عليه وهو بهذا الاسناد يدعى ما يسقط الضمان عنه وأما في الاولى فقد تصادق أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمتخلص والله أعلم اه لعدم جريانه في صورة النزاع

(بضمنا)

في أخذ غلة العبد وقطع يد الامة كما لا يخفى (قوله كالسناد من عهد من الجنون الخ) أقول في

التسمية لطائفه لا يخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تأمل

ضمنا لانهما أقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لافي ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (لا يقال بالآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا (٥٣٣) الفعل الى حالة منافاة للضمان

فكان الواجب أن لا يضمن

كالقاضي لان جهة الضمان

راجمة لان اقرار الرجل

على نفسه بسبب الضمان

بجهة قطعية وقضاء القاضي

بجهة ظاهرة والطاهر

لا يعارض القطعي وهذا

يقضى وجوب الضمان

على القاضي أيضا لكن ذلك

يؤدى الى تضييع الحقوق

بالامتناع عن الدخول في

القضاء مخافة الضمان

(ولو كان المال باقيا في يد

الآخذ وأقر بما أقر به

القاضي أخذ منه المال)

سواء صدقه المأخوذ منه

المال في أنه فعله في قضائه

أودعى أنه فعله في غير

قضائه (لان الآخذ أقر أن

اليد كانت للمأخوذ منه فلا

يصدق في دعوى تملكه الا

بجهة وقول المعزول ليس

بجهة) فيه لكونه شهادة فرد

والله أعلم

(قوله لان اقرار الرجل

الى قوله لا يعارض القطعي)

أقول الاقرار دليل ظاهر كما

في أول كتاب الحدود الآن

يراد بالقطعية كونه أقوى

من قضاء القاضي (قوله

لكن ذلك يؤدى الى تضييع

الحقوق الخ) أقول هذا

جواب عن النقض بتغير

الدليل والاولى أن يجاب كما

في النهاية بمنع قوله الآخذ

يضمنان) ولا يضمن القاضي (لانهما أقر بسبب الضمان) وهو مباشرتهما الآخذ والقاطع (وقبول قول القاضي) في ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كى لا يمنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهى مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله (ولو كان المال في يد الآخذ قائما) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في صورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضي وللناطق والآخذ في صورة التصديق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقا فانه قد حكم بنفاذ قوله فأدان ذلك أعنى عدم الرجوع فيما اذا كان المأخوذ هالكا أما اذا كان قائما فيؤخذ من التبايض سواء صدق التبايض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل علله محمد في الزادات فقال لان الشئ قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم فالوا معناه أن القاضي لما أقر بالآخذ يصير شاهد الغيبة بالكلام الثانى واقاراره بالآخذ صحيح وشهادته بالملك لغيبه باطلة ولان التبايض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه الا بينة وقول المعزول ليس بينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافى للضمان

والقاطع أسندا الفعل الى حالة منافاة للضمان فان حالة القضاء لا تنافي للضمان في حق غير القاضي لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم وأخذه بأمر القاضي لم يثبت لعدم الحجية اذا الكلام فيه وكذا حال القاطع فليست أم والله أعلم

فهرست الجزء الخامس من فتح القدير

صفحة	صفحة
٢٦٤ فصل ومن اشترى شيئا مما يتقل ويحول الخ	٢ (كتاب الشركة)
٢٧٤ باب الربا	١٤ فصل لا تنعقد الشركة الخ
٣٠١ باب الحقوق	٣١ فصل في الشركة الفاسدة
٣٠٤ باب الاستلحاق	٣٥ فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤدي زكاة
٣٠٩ فصل في بيع الفضولي	مال الآخر الا باذنه
٣٢٣ باب السلم	٣٧ (كتاب الوقف)
٣٥٧ مسائل منقولة	٦١ فصل اختص المسجد بأحكام
٣٦٧ (كتاب الصرف)	٦٧ الفصل الاول في المتولى
٣٨٩ (كتاب الكفالة)	٦٩ الفصل الثاني في الموقوف عليه
٤٢٩ فصل في الضمان	٧٣ (كتاب البيوع)
٤٣٦ باب كفالة الرجلين	٩٧ فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد
٤٣٩ باب كفالة العبد وعنه	الخ
٤٤٣ (كتاب الجحالة)	١١٠ باب خيار الشرط
٤٥٢ (كتاب أدب القاضي)	١٣٧ باب خيار الرؤية
٤٧١ فصل في الحبس	١٥١ باب خيار العيب
٤٧٧ باب كتاب القاضي الى القاضي	١٨٤ باب البيع الفاسد
٤٨٥ فصل آخر	٢٣٧ فصل في أحكامه
٤٩٨ باب التصكيم	٢٣٩ فصل فيما يكره
٥٠٢ مسائل منقولة من كتاب القضاء	٢٤٦ باب الافالة
٥١٥ فصل في القضاء بالوارث	٢٥٢ باب المراجعة والتولية
٥٢٩ فصل آخر	

غ

ROSI Graduate Library
College of Arts & Commerce, O. S.

